المغني

لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة
المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي ت ٦٢٠ هـ
على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين الخرقي

ويليه

الشرح الكبير

لشمس الدين عبد الرحمن بن محمد
ابن أحمد بن قدامة المقدسي ت ٦٨٢ هـ
وكلاهما على مذهب إمام الأئمة أبي عبد الله أحمد بن حنبل

تحقيق

الدكتور محمد شرف الدين خطاب
رئيس قسم الشريعة بجامعة المنيا

الدكتور السيد محمد السيد

الأستاذ سيد ابراهيم صادق

الجزء الحادي عشر

دار الحديث
القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

المغني

ويليه

الشرح الكبير

اسم الكتاب : المغني

اسم المؤلف : ابن قدامة المقدسي

اسم المحقق : د محمد شرف الدين ، د السيد محمد السيد

القطع : ١٧×٢٤سم

عدد المجلدات : ١٤ مجلداً + ٢ فهارس

سنة الطبع : ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م

رقم الإيداع : ٩٦٣٣ / ١٩٩٥م

الترقيم الدولي : ٢ - ٠٦٨ - ٥٢٢٧ - ٩٧٧

دار الحديث

طبع . نشر . توزيع

١٤٠ شارع جوهر القائد أمام جامعة الأزهر تليفون ٥١١٣٠٣٦/٥٩١٨٧١٩/٥٩١٩٦٩٧ / فاكس ٥٩١٩٦٩٧

www.darelhadith.com E-mail: info@darelhadith.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتـــــاب العـــــدد

الأصل في وجـوب العدة الكـتاب والسنة والإجـمـاع، أما الكتـاب فـقول الله تعـالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة: ٢٢٨) وقوله سبحانه: ﴿وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٤) وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ (البقرة: ٢٣٤) وأما السنة فقول النبي ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا»[1] وقال لفاطمة بنت قيس: «اعتـدى في بيت ابن أم مكتوم»[2] في آي وأحاديث كثيـرة، وأجمعت الأمة على وجوب العدة في الجملة وإنمـا اختلفوا في أنواع منها وأجمعوا على أن المطلقـة قبل المسيس لا عدة عليها لقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً﴾ (الأحزاب: ٤٩) ولأن

كتـــــاب العـــــدد

الأصل في وجوب العدَّة الكتاب والسُّنَّة والإجمـاع، أما الكتاب: فقوله: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقـرة: ٢٢٨) وقوله سبـحانه: ﴿وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطـلاق: ٤) وقوله سبـحانه: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ (البقرة: ٢٣٤) وأما السنة، فقول النبي ﷺ: «لا يحلُّ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تَحدَّ على مـيت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشـهر وعشـرًا» وقال لفاطمـة بنت قيس: «اعتدى في بيت ابن أم مكتوم» في آي وأحاديث كثيرة، وأجمعت الأمة على وجوب العدة في الجملة، وإنما اختلفوا في أنواع منها.

---

(١) أخرجـه البخاري في كـتاب «الجنائز» (٣/ ح١٢٨١/ فـتح) ومسلم في «كـتاب الطلاق» (٢/ ١٤٨٦، ١٤٨٧/ ص١١٢٣، ١١٢٤) وأبو داود في «كـتاب الطلاق» (٢/ ح٢٢٩٩) والتـرمذي (٣/ ح١١٩٦) والنسائي (٦/ ح٣٥٣٤) وابن مـاجه (١/ ح٢٠٨٥ - ٢٠٨٧) ومالك في الموطأ (٢/ ٥٩٧) وأحـمد في «مسنده» (٥/ ٨٥) (٦/ ١٨٤، ٢٤٩، ٥٨١، ٢٨٦، ٣٢٤، ٣٢٦، ٤٠٨، ٤٢٦).

(٢) تقدم برقم (٢٠) مسألة رقم (١٢٤٨).

العدة تجب لبراءة الرحم وقد تيقناها ههنا وهكذا كل فرقـة فى الحياة كالفسخ لرضاع أو عيب أو عتق أو لعان أو اختلاف الدين.

فـصـل: وتجب العدة على الذمية من الذمى والمسلم، وقال أبو حنيفة: إن لم تكن من دينهم لم تلزمها لأنهم لا يخاطبون بفروع الدين.

ولنا: عموم الآيات ولأنها بائن بعد الدخول أشبه المسلمة وعدتها كعدة المسلمة فى قول علماء الأمصـار منهم مالك والثورى والشافعى وأبو عـبيد وأصحاب الرأى ومن تبـعهم إلا ما روى عن مالك أنه قال: تعتد من الوفاة بحيضة.

ولنا: عموم قـول الله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ (البقرة: ٢٣٤) ولأنها معتدة من الوفاة أشبهت المسلمة.

فـصـل: والمعتدات ثلاثة أقسام:

الأول: معتدة بالحمل وهى كل امرأة حامل من زوج إذا فارقت زوجها بطلاق أو فسخ أو موته عنها حرة كانت أو أمة، مسلمة أو كافـرة، فعدتها بوضع الحمل ولو بعد ساعة لقول الله تعالى: ﴿ وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ (الطلاق: ٤).

والثـــانى: معـتدة بالقـروء وهى كل معتدة من فرقة فى الحيـاة أو وطء فى غير نكاح إذا

1- مـســألة: (كل امرأة فـارقها زوجهـا فى الحياة قبـل المسيس والخلوة بها فـلا عدة عليها).

أجمع العـلماء على ذلك لقـول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾ (الأحـزاب: ٤٩) ولأن العدة إنما وجبت فى الأصل لبراءة الرحم، وقد تيقناها هـهنا.

فـصـل: وتجب العدة على الذميـة من الذمى والمسلم، وقال أبو حنيفة: إن لم يكن من دينهم لم يلزمها، لأنهم لا يخاطبون بفروع الإسلام.

ولنا: عموم الآيات، ولأنها بائن بعد الدخول أشبهت المسلمة، وعدتها كعدة المسلمة فى قول علماء الأمصار منهم الثورى والشافعى وأبو عبيد وأصحاب الرأى وهو قول مالك، وروى عنه أنه قال: تعتد من الوفاة بحيضة.

ولنا: عموم قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ ولأنها معتدة من الوفاة أشبهت المسلمة.

2- مسألة: (وإن خلا بها وهى مطاوعة فعليها العدة سواء كان بهما أو بأحدهما مانع من الوطء كالإحـرام والصيام والحـيض والنفاس والمـرض والجب والعنة أو لم يكن إلا ألا يعلم بها كالأعمى والطفل فلا عدة عليها).

وجملة ذلك: أن العدة تجب علـى مـن خلا بها زوجها ولم يمسها، ولا خلاف بين أهل

كانت ذات قرء فعدتها القرء، لقول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة: ٢٢٨).

والثالث: معتدة بالشهور وهى كل من تعتد بالقرء إذا لم تكن ذات قرء لصغر أو يأس لقول الله تعالى: ﴿وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ (الطلاق: ٤) وذات القرء إذا ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه اعتدت بتسعة أشهر للحمل، وعدة الآيسة وكل من توفى عنها زوجها ولا حمل بها قبل الدخول أو بعده حرة أو أمة فعدتها بالشهور لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ (البقرة: ٢٣٤).

فصل: وكل فرقة بين زوجين فعدتها عدة الطلاق، سواء كانت بخلع أو لعان أو رضاع أو فسخ بعيب أو إعسار أو إعتاق أو اختلاف دين أو غيره فى قول أكثر أهل العلم وروى عن ابن عباس أن عدة الملاعنة تسعة أشهر وأبى ذلك سائر أهل العلم وقالوا عدتها عدة الطلاق لأنها مفارقة فى الحياة فأشبهت المطلقة، وأكثر أهل العلم يقولون: عدة المختلعة عدة المطلقة منهم سعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله وعروة وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز والحسن والشعبى والنخعى والزهرى وقتادة وخلاس بن عمرو وأبو عياض ومالك

العلم فى وجوبها على المطلقة بعد المسيس، فأما إن خلا بها ولم يصبها ثم طلقها فإن العدة تجب عليها، روى ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر، وبه قال عروة وعلى بن الحسين وعطاء والزهرى والثورى والأوزاعى وإسحاق وأصحاب الرأى والشافعى فى قديم قوله، وقال فى الجديد: لا عدة عليها لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ وهذا نص، ولأنها مطلقة لم تمس فأشبهت من لم يخل بها.

ولنا: إجماع الصحابة، فروى الإمام أحمد والأثرم بإسنادهما عن زرارة بن أوفى، قال: قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى سترًا أو أغلق بابًا فقد وجب المهر ووجبت العدة[1]، ورواه الأثرم أيضًا عن عمر وعلى، وعن سعيد بن المسيب عن عمر وزيد بن ثابت، وهذه قضايا اشتهرت فلم تنكر فصارت إجماعًا، وضعف أحمد ما روى فى خلاف ذلك، وقد ذكرناه فى الصداق، ولأنه عقد على المنافع، فالتمكين فيه يجرى مجرى الاستيفاء فى الأحكام المتعلقة كعقد الإجارة، والآية مخصوصة بما ذكرناه، ولا يصح القياس على من لم يخل بها، لأنه لم يوجد منها التمكين ولا فرق بين أن يخلو بها مع المانع من الوطء أو مع عدمه، وسواء كان المانع حقيقيا كالجب والعنة والرتق، أو شرعيًا كالصوم والإحرام والحيض والنفاس والظهار، لأن الحكم علق هاهنا على الخلوة التى هى مظنة الإصابة دون حقيقتها،

(1) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٥٥) وقال: هذا مرسل.

والليث والأوزاعى والشافعى، وروى عن عثمان بن عفانْ وابن عمر وابن عباس وأبان بن عثمان وإسحاق وابن المنذر أن عدة المختلعة حيضة، ورواه ابن القاسم عن أحمد لما روى ابن عباس «أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فجعل النبى ﷺ عدتها حيضة» رواه النسائى(٣)، وعن ربيع بنت معوذ مثل ذلك وأن عثمان قضى به، رواه النسائى وابن ماجه(٤).

ولنا قول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة: ٢٢٨) ولأنها فرقة بعد الدخول فى الحياة فكانت ثلاثة قروء كغير الخلع، وقول النبى ﷺ «قرء الأمة حيضتان»(٥) عام وحديثهم يرويه عكرمة مرسلاً، قال أبو بكر، هو ضعيف مرسل وقول عثمان وابن عباس قد خالفه قول عمر وعلى فإنهما قالا: عدتها ثلاث حيض، وقولهما أولى، وأما ابن عمر، فقد روى مالك عن نافع عنه أنه قال: عدة المختلعة عدة مطلقة(٦) وهو أصح عنه.

فصل: والموطوءة بشبهة تعتد عدة المطلقة وكذلك الموطوءة فى نكاح فاسد، وبهذا قال الشافعى، لأن وطء الشبهة وفى النكاح الفاسد فى شغل الرحم ولحقوق النسب كالوطء فى النكاح الصحيح فكان مثله فيما تحصل به البراءة وإن وطئت المزوجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل انقضاء عدتها كيلا يفضى إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب، وله الاستمتاع منها بما دون الفرج فى أحد الوجهين لأنها زوجة حرم وطؤها لعارض مختص بالفرج فأبيح الاستمتاع منها بما دونه كالحائض.

ولهذا لو خلا بها فأتت بولد لمدة الحمل لحقه نسبه، وإن لم يطأ، وقد روى عن أحمد أن الصداق لا يكمل مع وجود المانع فكذلك يخرج فى العدة، وروى عنه أن صوم شهر رمضان يمنع كمال الصداق مع الخلوة، وهذا يدل على أن المانع متى كان متأكدًا كالإحرام وشبهه مع كمال الصداق ولم تجب العدة، لأن الخلوة إنما أقيمت مقام المسيس، لأنها مظنة له ومع المانع لا تتحقق المظنة.

3- مسألة: (إلا ألا يعلم بها كالأعمى والطفل فلا عدة عليها ولا يكمل صداقها، لأن المظنة لا تتحقق، وكذلك إن كانت صغيرة لا يوطأ مثلها أو لم تكن مطاوعة لعدم تحقق المظنة مع ظهور استحالة المسيس، والمعتدات على ستة أضرب: أحدها: أولات الأحمال، أجلهن أن يضعن حملهن حرائر كن أو إماء من فرقة الحياة أو الممات).

كل امرأة حامل من زوج إذا فارقت زوجها بطلاق أو فسخ أو موته عنها حرة كانت أو أمة

---

(٣) أخرجه مسلم فى «كتاب الطلاق» (٢/ ٣٦/ ص١١١٤) وأبو داود فى «كتاب الطلاق» (٢/ ح٢٢٨٤) والنسائى (٦/ ح٣٢٤٥).

(٤) أخرجه النسائى فى «كتاب الطلاق» (٦/ ٣٤٩٧) وابن ماجه فى «الطلاق» (١/ ح٢٠٥٨) ومالك فى «الموطأ» (٢/ ٣٣/ ٥٦٥) من كتاب «الطلاق» وإسناده صحيح.

(٥) تقدم تخريجه فى المسألة (١٢٨٧ برقم ١٠).

(٦) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٣٣/ ٥٦٥) من كتاب «الطلاق» عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

فـصـل: والمَزْنِيُّ بها كالموطوءة بشبهة في العدة، وبهذا قال الحسن والنخعي، وعن أحمد رواية أخرى أنها تستبرأ بحيضة، ذكرها ابن أبي موسى وهذا قول مالك، وروى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما: لا عدة عليها، وهو قول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي، لأن العدة لحفظ النسب ولا يلحقه نسب، وقد روى عن علي رضي الله عنه ما يدل على ذلك.

ولنا: أنه وطء يقتضي شغل الرحم فوجبت العدة منه كوطء الشبهة، وأما وجوبها كعدة المطلقة فلأنها حرة فوجب استبراؤها بعدة كاملة كالموطوءة بشبهة، وقولهم: إنما تجب لحفظ النسب، لا يصح فإنها لو اختصت بذلك لما وجبت على الملاعنة المنفي ولدها والآيسة والصغيرة ولما وجب استبراء الأمة التي لا يلحق ولدها بالبائع ولو وجبت لذلك لكان استبراء الأمة على البائع، ثم لو ثبت أنها وجبت لذلك فالحاجة إليها داعية فإن المزنى بها إذا تزوجت قبل الاعتداد اشتبه ولد الزوج بالولد من الزنا فلا يحصل حفظ النسب.

١٣٣٩- **مسألة:** قال رحمه الله تعالى: **(وإذا طلق الرجل زوجته وقد خلا بها فعدتها ثلاث حيض غير الحيضة التي طلقها فيها).**

في هذه المسألة ثلاثة فصول:

أحدها: أن العدة تجب على كل من خلا بها زوجها وإن لم يمسها، ولا خلاف بين أهل

مسلمة أو كافرة فعدتها بوضع الحمل لقول الله تعالى: ﴿ وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ (الطلاق: ٤) وهذا إجماع أهل المدينة إلا أنه روى عن ابن عباس، وعن علي من وجه أن المتوفى عنها زوجها تعتد بأطول الأجلين وقاله أبو السنابل بن بعكك في حياة النبي ﷺ فرد عليه النبي ﷺ قوله، وقد روى أن ابن عباس رجع إلى قول الجماعة لما بلغه حديث سبيعة وكره الحسن والشعبي أن تنكح في دمها، وحكى عن إسحاق وحماد أن عدتها لا تنقضي حتى تطهر، وأبى سائر أهل العلم هذا القول وقالوا: لو بعد ساعة من وفاة زوجها حل لها أن تتزوج، ولكن لا يطؤها زوجها حتى تطهر من نفاسها وتغتسل وذلك لقول الله تعالى: ﴿ وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ وروى عن أبي بن كعب، قال: قلت للنبي ﷺ: ﴿ وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ للمطلقة ثلاثًا والمتوفى عنها زوجها؟ قال: «هي للمطلقة ثلاثًا والمتوفى عنها»(2) وقال ابن مسعود: من شاء باهلته أو لاعنته أن الآية التي في سورة النساء القصرى: ﴿ وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ نزلت بعد التي في سورة البقرة: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا ﴾ يعني أن هذه الآية هي الأخيرة فتقدم على ما خالفها من عموم الآية المتقدمة ويختص بها عمومها، وروى عبد الله بن الأرقم أن سبيعة الأسلمية أخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة، وتوفى عنها في حجة الوداع، وهي

---

(2) أخرجه أحمد في «مسنده» (٥/ ١١٦) وإسناده ضعيف وسيأتي تخريجه كاملاً في المغني برقم (٣٢) مسألة رقم (١٣٥١).

العلم فى وجوبها على المطلقة بعد المسيس، فأما إن خلا بها ولم يصبها ثم طلقها فإن مذهب أحمد وجوب العـدة عليها، وروى ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عـمر وبه قال عروة وعلى بن الحسين وعطاء والزهرى والثورى والأوزاعى وإسحاق وأصحاب الرأى والشافعى فى قديم قوليه، وقال الشافعى فى الجـديد، لا عدة عليها لقوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا** ﴾ (الأحزاب: ٤٩) وهذا نص، ولأنها مطلقة لم تمس، فأشبهت من لم يخل بها.

ولنا إجماع الصحابة، روى الإمام أحمد والأثرم بإسنادهما عن زرارة بن أوفى قال: قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى سـترًا أو أغلق بابًا فقد وجب المهـر ووجبت العدة(٧)، ورواه الأثرم أيضًا عن الأحنف عن عمر وعلى وعن سعيد بن المسيب عن عمر وزيد بن ثابت وهذه قضـايا اشتهـرت فلم تنكر فصارت إجـماعًا، وضَعَّف أحـمد ما روى فى خـلاف ذلك، وقد ذكرناه فى كتـاب الصداق، ولأنه عقد على المنافع فالتمكيـن فيه يجرى مجرى الاستـيفاء فى الأحكام المتعلقـة كعقد الإجارة، والآية مـخصوصة بما ذكرنـاه ولا يصح القياس على من لم يَخْلُ بها لأنه لم يوجد منها التمكين.

فـصـــل: وظاهر كلام الخـرقى أنه لا فرق بين أن يخلو بهـا مع المانع من الوطء أو مع عـدمـه سواء كان المانع حقـيقيًا كالجب والعنة والفتق والرتق أو شرعـيًا كالصوم والإحرام أو الحـيض والنفـاس والظهـار لأن الحكـم علق ههنا على الخلوة الـتى هى مظنة الإصـابة دون حقيقـتها، ولهذا لو خلا بهـا فأتت بولد لمدة الحمل لحقه نسـبه وإن لم يطأ، وقد روى عن أحمد أن الصداق لا يكمل مع وجود المانع فكذلك يخرج فى العدة، وروى عنه أن صوم شهر

حامل، فلم تلبث أن وضعت حملها بعد وفاته فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك فقال: ما لى أراكِ متجملة لعلك ترجين النكاح؟ إنك والله ما أنت بناكح حتى تمر عليكِ أربعة أشهر وعشرًا، قالت سبيعة: فلما قال لى ذلك جمعت علىَّ ثيابى حين أمسـيت فأتيت رسول الله ﷺ فسألتـه عن ذلك فأفتانى بأنى قـد حللت حين وضعت حملى وأمـرنى بالتزويج إن بدا لى، متـفق عليه(3)، قال ابن عـبد البر: هذا حـديث حسن صحـيح قد جاء من وجـوه شتى كلها ثابـتة إلا ما روى عن ابن عـباس، وروى عن على من وجله منقطع، ولأنها معتدة حامل فتنقضى عدتها بوضعه كالمطلقة يحققه أن العدة إنما شرعت

---

(٧) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٢٥٥، ٢٥٦) وقال: هذا مرسل، زرارة لم يدركهم وقد رويناه عن عمر وعلى رضي الله عنهما موصولاً.

قلت: يعنى فى «السنن الكبرى» أيضًا (٧/ ٢٥٥) وسعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ٢٠٢/ ٧٦٢) من طريق زرارة بن أوفى.

(3) أخرجه البخارى فى «الطلاق» (١/ ٥٣١٩/ فتح) ومسلم (٢/ طلاق/ ١١٢٢).

رمضان يمنع كمال الصداق مع الخلوة، وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكدًا كالإحرام وشبهه منع كمال الصداق ولم تجب العدة لأن الخلوة إنما أقيمت مقام المسيس لأنها مظنة له ومع المانع لا تتحقق المظنة، وأما إن خلا بها وهى صغيرة لا يمكن وطؤها أو كان أعمى فلم يعلم بها فلا عدة عليها ولا يكمل صداقها لأن المظنة لا تتحقق مع ظهور استحالة المسيس.

الفصل الثانى: أن عدة المطلقة إذا كانت حرة وهى من ذوات القروء ثلاثة قروء بلا خلاف بين أهل العلم، وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة: ٢٢٨) والقرء فى كلام العرب يقع على الحيض والطهر جميعًا فهو من الأسماء المشتركة، قال أحمد بن يحيى ثعلب: القروء: الأوقات، الواحد قرء، وقد يكون حيضًا وقد يكون طهرًا لأن كل واحد منهما يأتى لوقت، قال الشاعر:

كَرِهْتُ العَقْرَ عَقْرَ بنى تميم ... إذا هَبَّتْ لقارئها الرياح [٨]

يعنى لوقتها، وقال الخليل بن أحمد: يقال: أقرأت المرأة إذا دنا حيضها، وأقرأت إذا دنا طهرها، وفى الحديث عن النبى ﷺ: «دعى الصلاة أيام أقرائك» [٩] فهذا الحيض، وقال الشاعر:

مَوَرَّثَةٍ عزًا وفى الحىِّ رفعةً ... لِمَا ضاع فيها من قروء نِسائكا [١٠]

لمعرفة براءتها من الحمل ووضعه أدل الأشياء على البراءة منه فوجب أن تنقضى به العدة، ولأنه لا خلاف فى بقاء العدة ببقاء الحمل فوجب أن تنقضى به كما فى حق المطلقة.

فصل: وإذا كان الحمل واحدًا انقضت العدة بوضعه وانفصال جميعه، وإن ظهر بعضه فهى فى عدتها حتى ينفصل باقيه، لأنها لا تكون واضعة لحملها حتى يخرج كله، وإن كان الحمل اثنين أو أكثر لم تنقض عدتها إلا بوضع الآخر، لأن الحمل هو الجميع، هذا قول جماعة أهل العلم إلا أبا قلابة وعكرمة فإنهما قالا: تنقضى عدتها بوضع الأول ولا تتزوج حتى تضع الآخر.

وذكر ابن أبى شيبة عن قتادة عن عكرمة أنه قال: إذا وضعت أحدهما فقد انقضت عدتها، قيل له: أفتتزوج؟ قال: لا، قال قتادة: خصم العبد، وهذا قول شاذ يخالف ظاهر

---

(٨) ذكر البيت ابن عبد البر فى «التمهيد» (١٥/ ٨٧) وعزاه إلى الهذلى، وقال: العقر ههنا: موقف الإبل إذا وردت الماء، وذكره ابن منظور فى «اللسان» (٤/ ٥٩٩) ولم ينسبه لأحد، وذكره الحموى فى «معجم البلدان» (٤/ ١٣٦) وعزاه إلى تأبط شرًا، ثم قال: وشليل بن بجيلة، وهو جد جرير بن عبد الله البجلى، والعقر: عدة مواضع.

(٩) تقدم فى المسألة رقم (٥٥) ص ٢٨٤ من المجلد الأول.

(١٠) البيت للأعشى قاله ابن عبد البر، وذكر بيتًا قبله هو:

أخى كل عام أنت حاشم غزوة ... تشد لأقصاها عزيم عرائكا

انظر التمهيد (١٥/ ٨٧).

فهذا الطهـر، واختلف أهل العلم فى المراد بقوله سـبحانه: ﴿يَتَـرَبَّصْنَ بِأَنفُسِـهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة: ٢٢٨) واختلفت الرواية فى ذلك عن أحمد، فروى أنها الحيض روى ذلك عن عمر وعلى وابن عباس وسعيد بن المسيب والثورى والأوزاعى والعنبرى وإسحاق وأبى عبيد وأصحـاب الرأى، وروى ذلك عن أبى بكر الصـديق وعثـمان بن عـفان ﷺ وأبى مـوسى وعبادة بن الصامت وأبى الدرداء، قال القاضى: الصـحيح عن أحمد أن الأقراء الحيض، وإليه ذهب أصحابنا ورجع عن قوله بالأطهار، فقال فى رواية النيسابورى: كنت أقول: إنه الأطهار، وأنا أذهب اليوم إلى أن الأقراء الحيض، وقـال فى رواية الأثرم: كنت أقول الأطهار ثم وقفت لقول الأكابر، والروايـة الثانية عن أحمد أن القـروء الأطهار وهو قول زيد وابن عمـر وعائشة وسليمان ابن يسار والقاسم بن محمد وسالم بن عـبد الله وأبان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز والزهرى ومالك والشـافعى وأبـى ثور، وقال أبو بكر بن عـبد الرحمن: مـا أدركت أحداً من فقهائنا إلا وهو يقول ذلك، قال ابن عبد البر(١١): رجع أحمد إلى أن القروء الأطهار، قال فى رواية الأثرم رأيت الأحاديث عمن قـال القروء الحيض تختلف والأحـاديث عمن قال إنه أحق بها حـتى تدخل فِى الحيضـة الثالثة أحـاديثها صحـاح وقوية، واحتج من قـال ذلك بقول الله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ (الطلاق: ١) أى فى عدتهن، كقوله تعالى: ﴿وَنَضَعُ الْمَـوَازِينَ الْقِسْطَ لِيَوْمِ الْقِيَـامَةِ﴾ (الأنبيـاء: ٤٧) أى فى يوم القيامة، وإنمـا أمر بالطلاق فى الطهر لا فى الحيض، ويدل عليـه قول النبـى ﷺ فى حديث ابن عمر: «مـره فليراجعهـا حتى تطهر ثم

الكتاب وقول أهل العلم، والمعنى أن العدة شرعت لمعرفة البراءة من الحمل، فإذا علم وجود الحمل فقد تبين وجـود الموجب للعدة وانتفت البراءة الموجبة لانقـضائها، ولأنها لو انقضت عدتهـا بوضع الأول لأبيح لها النكاح كمـا لو وضعت الآخر، فـإن وضعت ولدًا وشكت فى وجود ثان لم تنقض عدتها حتى تزول الريبة وتتيقن أنه لم يبق معها حمل، لأن الأصل بقاؤها فلا يزول بالشك.

4- **مسـألة: (والحمل الذى تنقضى به العـدة ما يتبين فيـه شىء من خلق الإنسان، فإن وضعت مـضغة لا يتبين فيهـا شىء من ذلك فذكر ثقات من النسـاء أنه مبتـدأ خلق آدمى فهل تنقضى به العدة؟ على روايتين)**.

وجملة ذلك أن المرأة إذا ألقت بعد فرقة زوجها شيئًا لم تخل من خمسة أحوال:

أحـدها: أن تضع ما بان فيه خلق آدمى من الرأس واليد والرجل فـتنقضى به العدة بغير خـلاف بينهم، قـال ابن المنذر(4): أجمع كل من نـحفظ عنه من أهل العلم أن عـدة المرأة تنقضى بالسقط إذا علم أنه ولد، وممن نحفظ عنه ذلك: الحسن وابن سيرين وشريح والشعبى

---

(١١) انظر التمهيد لابن عبد البر (١٥/ ٩٣، ٩٤).

(4) انظر الإجماع لابن المنذر (٩٥/ ٤٤٧).

تحيض ثم تطهر فـإن شاء طلق وإن شاء أمسك، فتلك العدة التى أمـر الله تعالى أن تطلق لها النساء» مـتفق عليه، وفى رواية ابن عمـر: «فطلقوهن فى قُبُلِ عدتهن» ولأنهـا عدة عن طلاق مجرد مباح فوجب أن يعتبر عقيب الطلاق وكعدة الآيسة والصغيرة.

ولنا قول الله تـعالى: ﴿ وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾ (الطلاق: ٤) فنقلهن عند عدم الحيض إلى الاعتداد بالأشهر، فدل ذلك على أن الأصل الحيض، كما قال تعالى: ﴿ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا ﴾ (النساء: ٤٣) الآية، ولأن المعهود فى لسان الشرع استعـمال القرء بمعنى الحيض، قال النبى ﷺ: «تدع الصلاة أيام أقرائها» رواه أبو داود(١٢)، وقال لفاطمة بنت أبـى حبيش: «انظرى فإذا أتى قرؤك فلا تصلى وإذا مر قرؤك فتطهرى ثم صلى ما بين القرء إلى القرء» رواه النسائى(١٣)، ولم يعهد فى لسانه استعماله بمعنى الطهر فى موضع فـوجب أن يحمل كلامه على المعهود فى لسانه، وروى عن النبـى ﷺ أنه قال: «طلاق الأمة طلقتان وقرؤها حيضتان»(١٤) رواه أبو داود وغيره، فـإن قـالوا: هذا يرويه مظاهر بن مسلم وهو منكر الحديث، قلـنا: قد رواه عبد الله بن عيسى عن عطية العوفى عن ابن عمر كذلك أخرجه ابن ماجه فى سننه وأبو بكر الخلال فى جامعه، وهو نص فى عدة الأمة فكذلك عدة الحرة ولأن ظاهر قوله تعالى: ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ ﴾

والنخعى والزهرى والثـورى ومالك والشافعى وأحـمد وإسحاق، قال الأثرم: قـلت لأبى عبد الله: إذا نكس فى الخلق الرابع يعنى تنقضى به العدة؟ فقال: إذا نكس فى الخلق الرابع فليس فيه اختلاف، ولكن إذا تبـين خلقه هذا أدل، وذلك لأنه إذا بان فيه شىء من خلق الآدمى علم أنه حمل فيدخل فى عموم قوله تعالى: ﴿ وَأُوْلاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ .

الحال الـثاني: ألقت نطفة أو دمًا لا تدرى هل هو ما يخلق منه آدمى أو لا فهذا لا يتعلق به شىء من الأحكام، لأنه لم يثبت أنه ولد بالمشاهدة ولا بالبينة.

الحـال الثـالث: ألقت مضغة لم تبـين فيها الخلقة فشهد ثقات مـن القوابل أن فيه صورة خفية بان بها أنها خلقة آدمى، فهذا فى حكم الحال الأول.

الحــال الرابع: ألقت مضغة لا صورة فيها فـشهد ثقات من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمى، فاختلف الرواية عن أحمد فنقل مهنا وأبـو طالب أن عدتها لا تنقضى به ولا تصير به أم ولد، لأنه لم يبن فيه خلق آدمى أشبه الدم، وقد ذكر هذا قولاً للشافعى وهو اختيار أبى بكر، ونقل الأثرم عن أحمد أن عدتها لا تنقضى به، ولكن تصير أم ولد، لأنه مشكوك فى كونه ولدًا فلم

---

(١٢) أخرجه أبو داود فى «الطهارة» (١/ ح٢٩٧) وإسناده صحيح وتقدم فى المسألة رقم (٩٣).

(١٣) أخرجه النسائى فى كتاب «الطهارة» (١/ ح٢١١) وأبو داود فى «سننه» (١/ ح٢٨٠) وإسناده صحيح.

(١٤) أخـرجـه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٨٩) وقـال أبو داود: حـديث مـجهـول، وابن مـاجـه (١/ ح٢٠٨٠) وإسناده ضعيف فيه مظاهر بن مسلم، قال الحافظ فى التقريب: «ضعيف».

(البقـرة: ٢٢٨) وجوب التـربص ثلاثة كاملة، ومن جعل القـروء الأطهار لم يوجب ثلاثة لأنه يكتفى بطهـرين وبعض الثالث فيـخالف ظاهر النص، ومن جعله الحـيض أوجب ثلاثة كاملة فيوافق ظاهر النص فـيكون أولى من مخالفته، ولأن العـدة استبراء فكانت بالحيض كاسـتبراء الأمة وذلك لأن الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل، والذى يدل عليه الحيض فوجب أن يكون الاستـبراء به، **فإن قـيل:** لا نسلم أن استبراء الأمة بالحيـضة وإنما هو بالطهر الذى قبل الحيضة، كذلك قال ابن عـبد البر، وقال: قولهم إن استبراء الأمة حيـضة بإجماع، ليس كما ظنوا بل جائز لها عندنا أن تنكح إذا دخلت فى الحيضة واسـتيقنت أن دمها دم حيض، كذلك قال إسماعيل بن إسحاق ليحيى بن أكثم حين أدخل عليه فى مناظرته إياه، **قلنا:** هذا يرده قول النبىَ ﷺ : «لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة»(١٥) ولأن بالاستبراء تعرف براءة الرحم وإنمـا يحصل بالحيـضة لا بالطهر الذى قـبلها، ولأن العدة تـتعلق بخروج خارج من الرحم فوجب أن تتعلق بالطهر كوضع الحمل يحققه أن العدة مقصودها معرفة براءة المرأة من الحمل فـتارة تحصل بوضعه وتارة تحـصل بما ينافيه وهو الحـيض الذى لا يتصور وجوده معه، فأما قوله تعالى: ﴿ **فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ** ﴾ (الطلاق: ١) فيحتمل أنه أراد قبل عدتهن إذ لا يمكن حمله على الطلاق فى العدة ضرورة أن الطلاق سبق العدة لكونه سببها والسبب يتقدم على الحكم فلا يوجد قبله والطلاق فى الطهر تطليق قبل العدة إذا كانت الإقراء الحيض.

يحكم بانقضـاء العدة المتيقنة بأمـر مشكوك فيه، ولم يجـز بيع الأمة الوالدة له مع الشك فى رقها فيثبت كونها أم ولد احتياطًا ولا تنقضى العدة احتياطًا، ونقل حنبل أنها تصير أم ولد ولم يذكر الـعدة، فقـال بعض أصحـابنا: على هذا تنقضى به الـعدة، وهو قول الحـسن، وظاهر مذهب الشافعى، لأنهم شهدوا بأنه خلقة آدمى أشبـه ما لو تصور، قال شيخنا: والصحيح أن هذا ليس برواية فى العدة، لأنه لم يذكرها ولم يتعرض لها.

الحال الـخامس: أن تضع مضغة لا صورة فيها ولم تشـهد القوابل بأنها مبتدأ خلق آدمى فلا تنقضى به العدة ولا تصير به الأمة أم ولد، لأنه لم يثبت كونه ولدًا ببينة ولا مشاهدة فأشبه العلقة، ولا تنقضى العدة بوضع ما قبل المضغـة بحال سواء كان نطفة أو علقة، وسواء قيل: إنه بدء خلق آدمى أو لم يقل، نص عليه أحمد، فقـال: أما إذا كان علقة فليس بشىء إنما هى دم، لا تنقضى بها عدة ولا تـعتق بها أمة ولا نعلم فى هذا مخالفًـا إلاَّ الحسن، فإنه قال: إذا علم أنها حمل انقضت به العدة، وفيه الغرة، والأول أصح وعليه الجمهور.

5- مـسألة: (وإن أتت بولد لا يلحقه نسبه كامرأة الطفل لم تنقض به العدة وعنه تنقضى وفيه بعد).

إذا أتت بولد بعد أربـع سنين منذ مات أو بانت منه بطلاق أو فـسخ أو انقضاء عـدتها إن

---

(١٥) تقدم فى المسألة رقم (١٠٦) ص ٤٨٧ المجلد الأول.

الفصل الثالث: أن الحيضة التى طلق فيها لا تحسب من عدتها بغير خلاف بين أهل العلم لأن الله تعالى أمر بثلاثة قروء فتناول ثلاثة كاملة والتى طلق فيها لم يبق منها ما تتم به مع اثنتين ثلاثة كاملة فلا يعتد بها، ولأن الطلاق إنما حرم فى الحيض لما فيه من تطويل العدة عليها فلو احتسبت بتلك الحيضة قرءًا كان أقصر لعدتها وأنفع لها فلم يكن محرومًا، ومن قال القروء الأطهار احتسب لها بالطهر الذى طلقها فيه قرءًا فلو طلقها وقد بقى من قرئها لحظة حسبها قرءًا، وهذا قول كل من قال القروء الأطهار إلا الزهرى وحده قال: تعتد بثلاثة قروء سوى الطهر الذى طلقها فيه، وحكى عن أبى عبيد أنه إن كان جامعها فى الطهر لم يحتسب ببقيته لأنه زمن حرم فيه الطلاق فلم يحتسب به من العدة كزمن الحيض.

ولنا: أن الطلاق حرم فى زمن الحيض دفعًا لضرر تطويل العدة عليها فلو لم يحتسب ببقية الطهر قرءًا كان الطلاق فى الطهر أضر بها وأطول عليها، وما ذكر عن أبى عبيد لا يصح لأن تحريم الطلاق فى الحيض لكونها لا تحتسب ببقيته فلا يجوز أن تجعل العلة فى عدم الاحتساب تحريم الطلاق فتصير العلة معلولاً وإنما تحريم الطلاق فى الطهر الذى أصابها فيه لكونها مرتابة ولكونه لا يأمن الندم بظهور حملها، فأما إن انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر فإن الطلاق يقع فى أول الحيضة ويكون محرمًا ولا تحتسب بتلك الحيضة من عدتها وتحتاج أن تعتد بثلاث حيض بعدها أو ثلاثة أطهار على الرواية الأخرى، ولو قال لها: أنت

كانت رجعية لم يلحقه ولدها، لأنا نعلم أنها علقت به بعد زوال النكاح والبينونة منه وكونها قد صارت أجنبية منه فأشبهت سائر الأجنبيات، فعلى هذا لا تنقضى به العدة، وهو ظاهر كلام الخرقى، لأنه ينتفى عنه بغير لعان فلم تنقض عدتها به كما لو أتت به لأقل من ستة أشهر منذ نكحها، وقال أبو الخطاب: هل تنقضى به العدة؟ على وجهين، وذكر القاضى أن عدتها تنقضى به، وهو مذهب الشافعى، لأنه ولد يمكن أن يكون منه بعد نكاحه بأن يكون قد وطئها بشبهة أو جدد نكاحها فوجب أن تنقضى به العدة، وإن لم يلحق به كالولد المنفى باللعان، وبهذا فارق الذى أتت به لأقل من ستة أشهر، فإنه ينتفى عنه يقينًا، ثم ناقضوا قولهم فقالوا: لو تزوجت فى عدتها وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين دخل بها الثانى ولأكثر من أربع سنين من حين بانت من الأول فالولد منتف عنهما ولا تنقضى عدتها بوضعه عن واحد منهما، وهذا أصح فإن احتمال كونه منه لم يكف فى إثبات نسب الولد منه مع أنه يثبت بمجرد الإمكان فلأن لا يكفى فى انقضاء العدة أولى وأحرى، وما ذكروه منتقض بما سلموه، وما ذكروه من الفرق بين هذا وبين الذى أتت به قبل ستة أشهر غير صحيح فإنه يحتمل أن يكون أصابها قبل نكاحها بشبهة أو نكاح غير هذا النكاح الذى أتت بالولد فيه فاستويا، وأما المنفى بلعان فإننا نفينا الولد عن الزوج بالنسبة إليه ونفينا حكمه فى كونه منه بالنسبة إليها حتى أوجبنا الحد على قاذفها وقاذف ولدها وانقضاء العدة من الأحكام المتعلقة بها دونه فثبت.

طالق فى آخر طهرك أو فى آخر جزء من طهرك، أو انقضت حروف الإيقاع ولم يبق من الطهر إلا زمن الوقوع فإنها لا تحتسب بالطهر الذى وقع فيه الطلاق لأن العدة لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق وليس بعده طهر تعتد به ولا يجوز الاعتداد بما قبله ولا بما قاربه، ومن جعل القرء الحيض اعتد لها بالحيضة التى تلى الطلاق لأنها حيضة كاملة لم يقع فيها طلاق فوجب أن تعتد بها قرءًا، وإن اختلفا فقال الزوج: وقع الطلاق فى أول الحيض، وقالت: بل فى آخر الطهر، أو قال: انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر، وقالت: بل وقد بقى منه بقية، فالقول قولها لأن قولها مقبول فى الحيض وفى انقضاء العدة.

١٣٤٠- **مسألة:** قال: (فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للأزواج).

حكى أبو عبد الله بن حامد فى هذه المسألة روايتين:

إحداهما: أنها فى العدة ما لم تغتسل فيباح لزوجها ارتجاعها ولا يحل لغيره نكاحها، قال أحمد: عمر وعلى وابن مسعود يقولون: قبل أن تغتسل من الحيضة الثالثة، وروى ذلك عن سعيد بن المسيب والثورى وإسحاق، وروى ذلك عن أبى بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبى موسى وعبادة وأبى الدرداء ﷺ، قال شريك: له الرجعة وإن فرطت فى الغسل عشرين سنة، قال أبو بكر: وروى عن أبى عبد الله أنها فى عدتها ولزوجها رجعتها حتى يمضى وقت

فصل: فأما امرأة الطفل الذى لا يولد لمثله إذا مات عن زوجة فولدت لم يلحقه نسبه ولم تقض به عدتها وتعتد بالأشهر، وبهذا قال مالك والشافعى، وقال أبو حنيفة: إن مات وبها حمل ظاهر اعتدت عنه بالوضع، فإن ظهر الحمل بها بعد موته لم تعتد به، وقد روى عن أحمد فى الصبى مثل قول أبى حنيفة، وذكره ابن أبى موسى، قال أبو الخطاب: وفيه بعد، وهكذا الخلاف فيما إذا تزوج امرأة ودخل بها، وأتت بولد لدون ستة أشهر من حين عقد النكاح، فإنها لا تعتد بوضعه عندنا وعنده تعتد به، واحتج بقوله سبحانه: ﴿وَأُوْلَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾.

ولنا: أن هذا حمل منفى عنه يقينًا فلم يعتد بوضعه كما لو ظهر بعد موته، والآية واردة فى المطلقات، ثم هى مخصوصة بالقياس الذى ذكرناه، إذا ثبت هذا، فإن عدتها تنقضى بوضع الحمل من الوطء الذى علقت به منه سواء كان هذا الولد ملحقًا بغير الصغير مثل أن يكون من عقد فاسد أو وطء بشبهة أو كان من زنا لا يلحق بأحد، لأن العدة تجب من كل وطء فإذا وضعته اعتدت من الصبى بأربعة أشهر وعشر، لأن العدة من رجلين لا يتداخلان، وإن كانت الفرقة فى الحياة بعد الدخول كزوجة كبير دخل بها ثم طلقها، وأتت بولد لدون ستة أشهر منذ تزوجها فإنها تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء، وكذلك إذا طلق الخصى المجبوب امرأته أو مات عنها فأتت بولد لم يلحقه نسبه، ولم تنقض عدتها بوضعه وتنقضى به عدة الوطء ثم تستأنف عدة الطلاق أو عدة الوفاة على ما بيناه، وذكر القاضى أن ظاهر كلام أحمد

الصلاة التى طهرت فى وقتها، وهذا قول الثورى وبه قال أبو حنيفة إذا انقطع الدم لدون أكثر الحيض فإن انقطع لأكثره انقضت العدة بانقطاعه، ووجه اعتبار الغسل قول الأكثرين(١٦) من الصحابة ولا مخالف لهم فى عصرهم فيكون إجماعًا، ولأنها ممنوعة من الصلاة بحكم حدث الحيض فأشبهت الحائض.

والرواية الثانية: أن العدة تنقضى بطهرها من الحيضة الثالثة وانقطاع دمها، اختاره أبو الخطاب وهو قول سعيد بن جبير والأوزاعى والشافعى فى القديم لأن الله تعالى قال: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة: ٢٢٨) وقد كملت القروء بدليل وجوب الغسل عليها ووجوب الصلاة وفعل الصيام وصحته منها، ولأنه لم يبق حكم العدة فى الميراث ووقع الطلاق بها واللعان والنفقة فكذلك فيما نحن فيه، قال القاضى: إذا شرطنا الغسل أفاد عدمه إباحة الرجعة وتحريمها على الأزواج فأما سائر الأحكام فإنها تنقطع بانقطاع دمها.

أن الولد يلحق به، لأنه قد يتصور منه الإنزال بأن يحك موضع ذكره بفرجها فينزل، فعلى هذا القول يلحق به الولد وتنقضى به العدة، والصحيح أن هذا لا يلحق به ولد، لأنه لم تجر به عادة فلا يلحق به ولدها كالصبى الذى لم يبلغ تسع سنين، وكذلك إذا تزوج امرأة بحضرة الحاكم، ثم طلقها فى المجلس أو تزوج المشرقى بالمغربية ثم أتت بولد لم يلحقه ولا تنقضى به العدة، وقد ذكرناه فى الباب الذى قبله وذكرنا الخلاف فيه، وانقضاء العدة مبنى على لحوق النسب.

6- مسألة: (وأقل مدة الحمل ستة أشهر وغالبها تسعة وأكثرها أربع سنين وعنه سنتان).

إنما كان أقل مدة الحمل ستة أشهر لما روى الأثرم بإسناده عن أبى الأسود أنه رفع إلى عمر أن امرأة ولدت لستة أشهر فهمَّ عمر برجمها، فقال له علىّ: ليس لك ذلك، قال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ (البقرة: ٢٣٣) وقال الله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾ (الأحقاف: ١٥) فحولان وستة أشهر ثلاثون شهرًا، لا رجم عليها، فخلى عمر سبيلها، وولدت مرة أخرى لذلك الحد(5)، ورواه الأثرم أيضًا عن عكرمة أن ابن عباس قال ذلك، قال عاصم الأحول: قلت لعكرمة: إنه بلغنا أن عليًا قال هذا، قال: فقال عكرمة: لا، ما قال هذا إلا ابن عباس، وذكر ابن قتيبة فى المعارف أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر، وهذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى وغيرهم، وغالبه تسعة أشهر، لأن غالب النساء كذلك، وهذا أمر معروف بين الناس، وأكثر مدة الحمل أربع سنين، هذا ظاهر المذهب، وبه قال الشافعى، وهو المشهور عن مالك، وروى عن أحمد أن أقصى مدته

---

(١٦) وفى نسخة: الأكابر.

(5) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٢٢).

فـصــل: وإن قلنا: القروء الأطهار فطلقها وهى طاهر، انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الثالثة، وإن طلقها حائضًا انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الرابعة، وهذا قول زيد ابن ثابت وابن عمر وعائشة والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وأبان بن عثمان ومالك وأبى ثور وهو ظاهر مذهب الشافعى، وحكى عنه قول آخر: لا تنقضى العدة حتى يمضى زمن الدم يوم وليلة لجواز أن يكون الدم دم فساد فلا نحكم بانقضاء العدة حتى يزول الاحتمال، وحكى القاضى هذا احتمالاً فى مذهبنا أيضًا.

ولنا: أن الله تعالى جعل العدة ثلاثة قروء فالزيادة عليها مخالفة للنص فلا يعول عليه ولأنه قول من سمينا من الصحابة رواه الأثرم عنهم بإسناده، ولفظ حديث زيد بن ثابت «إذا دخلت فى الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها ولا ترثه ولا يرثها»(١٧) وقولهم: إن الدم(١٨) يكون دم فساد، قلنا: قد حكم بكونه حيضًا فى ترك الصلاة وتحريمها على الزوج وسائر أحكام الحيض فكذلك فى انقضاء العدة ثم إن كان التوقف عن الحكم بانقضاء العدة للاحتمال فإذا تبين أنه حيض علمنا أن العدة قد انقضت حين رأت الدم كما لو قال لها: إن حضت فأنت طالق، واختلف القائلون بهذا القول فمنهم من قال: اليوم والليلة من العدة لأنه دم تكمل به العدة فكان منها كالذى فى أثناء الأطهار، ومنهم من قال: ليس منها إنما يتبين به

سنتان، روى ذلك عن عائشة، وهو مذهب الثورى وأبى حنيفة لما روت جميلة بنت سعد عن عائشة لا تزيد المرأة على السنتين فى الحمل، ولأن التقدير إنما يعلم بتوقيف أو اتفاق ولا توقيف هـهنا، والاتفاق إنما هو على ما ذكرنا، وقد وجد ذلك فإن الضحاك بن مزاحم وهَرِمَ ابن حيّان حملت أم كل واحد منهما به سنتين، وقال الليث: أقصاه ثلاث سنين حملت مولاة لعمر بن عبد الله ثلاث سنين، وقال أبو عبيد: ليس لأقصاه وقت يوقف عليه، وقال عباد بن العوام: خمس سنين، وعن الزهرى قال: قد تحمل المرأة ست سنين وسبع سنين.

ولنا: أن ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الوجود، وقد وجد الحمل أربع سنين فروى الوليد ابن مسلم قال: قلت لمالك: حديث جميلة بنت سعد عن عائشة: لا تزيد المرأة على السنتين فى الحمل، قال مالك: سبحان الله من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد، وقال الشافعى: بقى محمد بن عجلان فى بطن أمه أربع سنين، قال أحمد: نساء بنى عجلان يحملن أربع سنين، وامرأة عجلان حملت ثلاث بطون كل دفعة أربع سنين، وبقى محمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسين بن على فى بطن أمه أربع سنين، وهكذا إبراهيم بن نجيح العقيلى حكى ذلك أبو الخطاب، وإذا تقرر وجوده وجب أن يحكم به ولا يزاد عليه لأنه ما وجد، ولأن عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ولم يكن ذلك إلا لأنه

---

(١٧) أخرجه مالك فى «الموطأ» (٢/ ٥٧٧/ ٥٦) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤١٥).

(١٨) وفى نسخة «هـ» زيادة: إن الدم يجوز أن يكون...

انقضاؤها ولأننا لو جـعلناه منها أوجبنا الزيادة على ثلاثة قروء ولكننا نمنعـها من النكاح حتى يمضى يوم وليلة، ولو راجعها زوجها فيها لم تصح الرجعة، وهذا أصح الوجهين.

١٣٤١- مسألة: قال: (**وإن كانت أمة فإذا اغتسلت من الحيضة الثانية**).

أكثر أهل العلم يقولون: عدة الأمة بالقرء قرءان، منهم: عمر وعلى وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وعبد الله بن عتبة والقاسم وسالم وزيد بن أسلم والزهرى وقتادة ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى، وعن ابن سيرين: عدتها عدة الحرة إلا أن تكون قد مضت بذلك سنة، وهو قول داود لقول الله تعالى: ﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ**﴾ (البقرة: ٢٢٨).

ولنا قول النبى ﷺ: «قرء الأمة حيضتان»(١٩) وقد ذكرناه، وقول عمر وعلى وابن عمر ولم نعرف لهم مخالفًا فى الصحابة فكان إجماعًا وهذا يخص عموم الآية، ولأنه معنى ذو عدد بنى على التفاضل فلا تساوى فيه الأمة الحرة كالحد، وكان القياس يقتضى أن تكون حيضة ونصفًا كما كان حدها على النصف من حد الحرة إلا أن الحيض لا يتبعض فكمل حيضتين، ولهذا قال عمر رضي الله عنه، لو أستطيع أن أجعل العدة حيضة ونصفًا لفعلت، فإذا تقرر هذا فانقضاء عدتها بالغسل من الحيضة الثانية فى إحدى الروايتين وفى الأخرى بانقطاع الدم من الحيضة

غاية الحمل، وروى ذلك عن عثمان وعلى وغيرهما، إذا ثبت هذا فإن المرأة إذا ولدت لأربع سنين فما دون من يوم موت الزوج أو طلاقه ولم تكن تزوجت ولا وطئت ولا انقضت عدتها بالقروء، ولا بوضع الحمل، فإن الولد لاحق بالزوج وعدتها تنقضى به.

7- مسألة: (وأقل ما يتبين به الولد أحد وثمانون يومًا، وهو أقل ما تنقضى به العدة من الحمل وهو أن تضعه بعد ثمانين يومًا منذ أمكنه وطؤها).

لأن النبى ﷺ قال: «إن خلق أحدكم ليجمع فى بطن أمه فيكون نطفة أربعين يومًا ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك» ولا تنقضى العدة بما دون المضغة فوجب أن يكون بعد الثمانين، فأما بعد أربعة أشهر فليس فيه إشكال، لأنه يستكمل الخلق فى الرابع.

فصل: الضرب الثانى: المتوفى عنها زوجها فعدتها أربعة أشهر وعشر إن كانت حرة، وشهران وخمسة أيام إن كانت أمة وسواء ما قبل الدخول وبعده.

أجمع أهل العلم على أن عدة الحرة المسلمة غير ذات الحمل من وفاة زوجها أربعة أشهر وعشر مدخولاً بها أو غير مدخول بها سواء كانت بالغة أو لم تبلغ، لقول الله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا**﴾ (البقرة: ٢٣٤) وقال النبى ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا» متفق عليه(*)، **فإن قيل:** ألا حملتم الآية على الدخول بها كما قلتم

---

(١٩) تقدم برقم (٥).

(*) تقدم برقم (١) فى أول كتاب «العدد».

الثانيـة، وعلى الروايـة التى تقول إن القروء الأطهـار فانقضاء عـدتها برؤية الدم من الحيـضة الثانية.

١٣٤٢- **مسألة:** قال: (وإن كانت من الآيسات أو ممن لم يحضن فعـدتها ثلاثة أشهر).

أجمع أهل العلم على هذا لأن الله تعالى ذكره فى كتـابه بقوله سبحانه: ﴿وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ (الطلاق: ٤) فإن كـان الطلاق فى أول الهلال اعتبر ثلاثة أشهر بالأهلة لقول الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾ (البقرة: ١٨٩) وقال سبحانه: ﴿إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِندَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ﴾ (التـوبة: ٣٦) ولـم يخـتلف الناس فى أن الأشهر الحرم معـتبرة بالأهلة وإن وقع الطلاق فى أثناء الشهر اعتدت بقيتـه ثم اعتدت شهرين بالأهلة ثم اعتدت من الشهر الثالث تمام ثلاثين يومًا، وهذا مذهب مالك والشافعى، وقال أبو حنيفة: تحتسب بقية الأول وتعتد من الرابـع بقدر ما فاتها من الأول تامّا كان أو ناقصًا لأنه لو كان من أول الهلال كـانت العدة بالأهلة، فإذا كان مـن بعض الشهر وجب قضـاء ما فات منه

فى قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة: ٢٢٨) قلنا: إنما خصصنا هذه بقولـه تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ (الأحزاب: ٤٦) ولم يرد تخصيص عدة الوفاة ولا أمكن قياسًا على المطلقة فى التخصيص لوجهين: أحدهما: أن النكاح عقد عُمْرٍ فإذا مات انتهى، والشىء إذا انتهى تقررت أحكامه كتقرر أحكام الصيـام بدخول الليل وأحكام الإجارة بانقضائها والعدة من أحكامه.

الثـانى: أن المطلقة إذا أتت بولد يمكن الزوج تكذيبها ونفـيه باللعان وهذا ممتنع فى حق الميت فلا يأمن أن تأتى بولد فيلحق الميت نسبه وما له من ينفـيه فاحتطنا بإيجاب العدة عليها لحفظهـا عن التصرف والمـبيت فى غير منـزلها حفظًا لها، إذا ثبـت هذا فإنه لا يعتبـر وجود الحيض فى عدة الوفاة فى قول عامة أهل العلـم، وحكى عن مالك أنها إذا كانت مدخولاً بها وجبت أربعة أشهر وعـشر فيها حيضة واتباع الكتاب والـسنة أولى، ولأنه لو اعتبر الحيض فى حقها لاعتبر ثلاثة قروء كالمطلقة وهذا خـلاف مختص بذات القروء فأما الآيسة والصغيرة فلا خلاف فيهما.

وأما الأمة المتوفى عنها فعدتها شهـرين وخمسة أيام فى قول عامة أهل العلم منهم سعيد ابن المسيب وعطاء وسليمان بن يسار والزهرى وقتادة ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وغيرهم إلا ابن سيرين فإنه قال: ما أرى عدة الأمة إلا كعدة الحرة إلا أن تكون قد مضت فى ذلك سنة فإن السنة أحق أن تتبع وأخذ بظاهر اللفظ وعمومه.

وخرج أصحابنا وجهًا ثانيًا: أن جميع الشهور محسوبة بالعدد وهو قول ابن بنت الشافعى لأنه إذا حسب الأول بالعدد كان ابتداء الثانى من بعض الشهر فيجب أن يحسب بالعدد وكذلك الثالث.

ولنا: أن الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى الثلاثين ولذلك إذا غُمَّ الشهر كُمِّل ثلاثين، والأصل الهلال فإذا أمكن اعتبار الهلال اعتبروا وإذا تعذر رجعوا إلى العدد، وفى هذا انفصال عما ذكر لأبى حنيفة، وأما التخريج الذى ذكرناه فإنه لا يلزم إتمام الشهر الأول من الثانى ويجوز أن يكون تمامه من الرابع.

فصل: وتجب[٢٠] العدة من الساعة التى فارقها زوجها فيها فلو فارقها نصف الليل أو نصف النهار اعتدت من ذلك الوقت إلى مثله فى قول أكثر أهل العلم، وقال أبو عبد الله بن حامد: لا تحتسب بالساعات وإنما تحتسب بأول الليل والنهار، فإذا طلقها نهارًا احتسبت من أول الليل الذى يليه، وإن طلقها ليلا احتسبت بأول النهار الذى يليه، وهذا قول مالك لأن حساب الساعات يشق فسقط اعتباره.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ (الطلاق: ٤) ولا تجوز الزيادة عليها بغير دليل وحساب الساعات ممكن إما يقينًا وإما استظهارًا فلا وجه للزيادة على ما أوجبه الله تعالى.

ولنا: اتفاق الصحابة ﷺ على أن عدة الأمة المطلقة على النصف من عدة الحرة فكذلك عدة الوفاة.

فصل: والعشر المعتبرة فى العدة هى عشر ليال فيجب عشرة أيام مع الليالى وبه قال مالك والشافعى وأبو عبيد وابن المنذر وأصحاب الرأى، وقال الأوزاعى: يجب عشر ليال وتسعة أيام، لأن العشرة تستعمل فى اليالى دون الأيام، وإنما دخلت الأيام اللاتى فى أثناء الليالى تبعًا، قلنا: العرب تغلب حكم التأنيث فى العدد خاصة على المذكر، فتطلق لفظ الليالى وتريد الليالى بأيامها كما قال الله تعالى لزكريا: ﴿آيَتُكَ أَلاَّ تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلاثَ لَيَالٍ سَوِيًّا﴾ (مريم: ١٠) يريد بأيامها، ولو نذر اعتكاف العشر الأخير من رمضان لزمه الليالى والأيام، ويقول القائل: سرنا عشرًا، يريد الليالى بأيامها فلم يجز نقلها عن العدة إلى الإباحة بالشك.

8- مسألة: (وإن مات زوج الرجعية فى عدتها استأنف عدة الوفاة من حين موته وسقطت عدة الطلاق).

وهذا لا خلاف فيه، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك، لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه، وينالها ميراثه، فاعتدت للوفاة كغير المطلقة، وحكى فى «المحرر»: أنها تعتد أطول الأجلين، وهو بعيد.

---

(٢٠) وفى نسخة: وتحسب.

١٣٤٣- **مسألة:** قال: **(والأمة شهران)**.

اختلفت الروايات عن أبى عبد الله فى عدة الأمة فأكثر الروايات عنه أنها شهران، رواه عنه جماعة من أصحـابه، واحتج فيه بقول عمر رضي الله عنه: عدة أم الولد حـيضتان ولو لم تحض كان عدتها شـهرين، رواه الأثرم عنه بإسناده(٢١)، وهذا قول عطاء والزهرى وإسحـاق وأحد قولى الشافعى لأن الأشهر بدل من القـروء، وعدة ذات القروء قرءان فبدلهما شهـران، ولأنها معتدة بالشهور من غير الوفاة فكان عددها كعدد القروء ولو كانت ذات قرء كالحرة.

والرواية الثانية: أن عدتها شهر ونصف، نقلها المـيمونى والأثرم واختارها أبو بكر وهذا قول على رضي الله عنه، وروى ذلك عن ابن عمر(*) وابن المسيب وسالم والشعبى والثورى وأصحاب الرأى وهو قول ثان للشافعى لأن عدة الأمة نصف عدة الحـرة وعدة الحرة ثلاثة أشهر فنصفها شهر ونصف، وإنما كملنا لذات الحيض حيضتين لتعذر تبعيض الحيضة فإذا صرنا إلى الشهور أمكن التنصيف فوجب المصير إليه كما فى عدة الوفاة ويصير هذا كالمحرم إذا وجب عليه فى جزاء الصيد نصف مد أجزأه إخراجه، فإن أراد الصيام مكانه صام يومًا كاملاً ولأنها عدة أمكن تنصيفها فـكانت على النصف من عدة الحرة كعدة الوفاة، ولأنها معـتدة بالشهور فكانت على النصف من عدة الحرة كالمتوفى عنها زوجها.

9- **مسألة: (وإن طلقها فى الصحة طلاقًا بائنًا ثم مات فى عدتها لم تنتقل عن عدتها وتبنى على عدة الطلاق ولا تعتد للوفاة).**

وهذا قول مالك والشافعى وأبى عبيد وابن المنذر، وقال الثورى وأبو حنيفة: عليها أطول الأجلين كما لو طلقها فى مرض موته.

ولنا قوله سبحانه: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ ولأنها أجنبية منه فى نكاحه وميراثه والحل له ووقوع طلاقه وظهاره، وتحل له أختـها وأربع سواها فلم تعتد لوفاته كما لو انقضت عـدتها، وذكر الـقاضى فى المطلقة فى المـرض: أنها إذا كـانت حاملاً تعـتد أطول الأجلين، وليس بشىء، فـإن الحـمل تنقضى بوضـعه كـل عدة، ولا يجـوز أن يجب عليهـا الاعتداد بغير الحمل لما ذكرناه، والله أعلم.

10- **مسألة: (وإن كان الطلاق فى مرض موته اعـتدت أطول الأجلين من عدة الطلاق وعدة الوفاة).**

نص عليه أحمد، وبه قـال الثورى وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن، وقـال مالك والشافعى وأبو عبيـد وأبو ثور وابن المنذر: تبنى على عدة الطلاق، لأنه مات وليـست زوجة له، لأنها بائن من النكاح فلا تكون منكوحـة، وعن أحمد مثل ذلك، وعنه رواية ثالثة: أنها تـعتد عدة

---

(٢١) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٢٥).

(*) أخرجه ابن أبى شيبة فى «المصنف» من كتاب «الطلاق» باب «عدة الأمة» إذا طلقت (٤/ ١٢٠).

والرواية الثـالثـة: أن عدتها ثلاثة أشهر، وروى ذلك عن الحسن ومـجاهد وعمر بن عبد العزيز والنخـعي ويحيـى الأنصارى وربيعـة ومالك، وهو القول الثـالث للشافعي لعمـوم قوله تعالى: ﴿فعدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ (الطلاق: ٤) ولأنه استبراء للأمة الآيسة بالشهور فكان ثلاثة أشهر كاستـبراء الأمة إذا ملكهـا أو مات سيدها، ولأن اعـتبار الشهـور ههنا للعلم ببراءة الرحم ولا يحصل هذا بدون ثلاثة أشـهر فى الحرة والأمة جمـيعًا، لأن الحمل يكون نطفـة أربعين يومًا وعلقة أربعين يومًا ثم يصير مضغـة ثم يتحرك ويعلو بطن المرأة فيظهر الحمل، وهذا معنى لا يختلف بالرق والـحرية ولذلك كان استـبراء الأمـة فى حق سيدها ثلاثة أشـهر، ومن رد هذه الرواية قال هى مخـالفة لإجماع الصحـابة لأنهم اختلفوا على القولين الأولـين، ومتى اختلف الصحـابة على قولين لم يجز إحداث قـول ثالث لأنه يفضى إلى تخطئتـهم وخروج الحق عن قول جميعـهم ولا يجوز ذلك، ولأنها معتدة لغير الحمـل فكانت دون عدة الحرة كذات القرء المتوفى عنها زوجها.

فـصـل: واختلف عن أحمد فى السن الذى تصـير به المرأة من الآيسات ، فـعنه: أوله خمسون سنة، لأن عـائشة قالت: لن ترى المرأة فى بطنها ولدًا بعد خـمسين سنة، وعنه: إن كانت من نسَاء العـجم فخمسون وإن كانت من نسـاء العرب فستون لأنهن أقوى طبـيعة، وقد ذكر الزبيـر بن بكار فى كتـاب النسب أن هندًا بنت أبـى عـبيدة بن عـبد الله بن زمـعة ولدت موسى بن عبد الله بن حسن بن الحسن بن على بن أبـى طالب ولها ستون سنة، وقال: يقال: إنه لم تلد بعد خمسين سنة إلا عربية ولا تلد لستين إلا قرشية، وللشافعى قولان:

أحـدهمـا: يعتبر السن الذى يتيقن أنه إذا بلغـته لم تحض، قال بعضهم هو اثنان وستون سنة، **والثانى:** يعتبر السن الذى ييأس فيه نساء عشيرتها لأن الظاهر أن نشأها كنشئهن وطبعها

الوفاة فقط، ذكـر هاتين فى المحرر، لأنها تـرثه أشبهت الرجعيـة، والأولى ظاهر المذهب، ووجه ذلك: أنها وارثة فتجب عليها عدة الوفاة كـالرجعية، ويلزمه عدة الطلاق لما ذكروه فى دليلهم.

فـصـل: وإن مات المريض المطلق بعـد انقضاء عدتها بالحـيض أو بالشهور أو بوضع الحمل أو كان طلاقه قبل الدخول فليس عليها عدة لموته ، وقال القاضى: عليها عدة الوفاة إذا قلنا: ترثه فتجب عليها عدة الوفاة كما لو مات بعد الدخول قبل قضاء العدة، ورواه طالب عن أحمد فى التى انقضت عدتها، وذكر ابن أبى موسى فيها روايتين، والصحيح: أنها عدة عليها، لأن الله تعـالـى قـال: ﴿**إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا**﴾ (الأحـزاب: ٤٩) وقـال: ﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ**﴾ وقـال: ﴿**وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ**﴾ (الطـلاق: ٤) فلا يجوز تخصيص هذ. النصوص بالتحكم، ولأنها أجنبية تحل للأزواج، ويحل

كطبعهن، والصحيح إن شاء الله أنه متى بلغت المرأة خمسين سنة فانقطع حيضها عن عادتها مرات لغير سبب فقد صارت آيسة لأن وجود الحيض فى حق هذه نادر بدليل قول عائشة وقلة وجوده فإذا انضم إلى هذا انقطاعه عن العادات مرات حصل اليأس من وجوده فلها حينئذ أن تعتد بالأشهر، وإن انقطع قبل ذلك فحكمها حكم من ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه على ما سنذكره إن شاء الله، وإن رأت الدم بعد الخمسين على العادة التى كانت تراه فيها فهو حيض فى الصحيح لأن دليل الحيض الوجود فى زمن الإمكان وهذا يمكن وجود الحيض فيه وإن كان نادرًا، وإن رأته بعد الستين فقد تيقن أنه ليس بحيض لأنه لم يوجد ذلك، قال الخرقى: فإذا رأته بعد الستين فقد تيقن أنه ليس بحيض فعند ذلك لا تعتد به وتعتد بالأشهر كالتى لا ترى دمًا.

فصل: وأقل سن تحيض فيه المرأة تسع سنين، لأن المرجع فيه إلى الوجود وقد وجد من تحيض لتسع، وقد روى عن الشافعى أنه قال: رأيت جدة لها إحدى وعشرون سنة(٢٢) فهذه إذا أسقطت من عمرها مدة الحملين فى الغالب عامًا ونصفًا وقسمت الباقى بينها وبين ابنتها كانت كل واحدة منهما قد حملت لدون عشر سنين، فإن رأت دمًا قبل ذلك فليس بحيض لأنه لم يوجدُ من مثلها متكررًا والمعتبر من ذلك ما تكرر ثلاث مرات فى حال الصحة ولم يوجد ذلك فلا يعتد به.

فصل: فإن بلغت سنًا تحيض فيه النساء فى الغالب فلم تحض كخمس عشرة سنة فعدتها ثلاثة أشهر فى ظاهر قول الخرقى، وهو قول أبى بكر وهو مذهب أبى حنيفة ومالك والشافعى، وضعّف أبو بكر الرواية المخالفة لهذا، وقال: رواها أبو طالب فخالف فيها أصحابه وذلك ما روى أبو طالب عن أحمد أنها تعتد سنة، قال القاضى: هذه الرواية أصح لأنه متى أتى عليها زمان الحيض فلم تحض صارت مرتابة يجوز أن يكون بها حمل منع حيضها فيجب أن تعتد بسنة كالتى ارتفع حيضها بعد وجوده.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ (الطلاق: ٤) وهذه من اللائى لم يحضن، ولأن الاعتبار بحال المعتدة لا

للمطلق نكاح أختها وأربع سواها فلم تجب عليها عدة لموته كما لو تزوجت، وتخالف التى مات زوجها فى عدتها فإنها لا تحل لغيره فى هذه الحال، ولم تنقض عدتها، وتمنع أنها ترثه، لأنها لو ورثته لأفضى إلى أن يرث الرجل ثمانى زوجات، فأما إن تزوجت إحدى هؤلاء فلا عدة عليها بغير خلاف نعلمه ولا ترثه، فإن كانت المطلقة البائن لا ترث كالأمة أو الحرة يطلقها العبد أو الذمية يطلقها المسلم والمختلعة أو فاعلة ما يفسخ نكاحها لم يلزمها عدة سواء مات زوجها فى عدتها أو بعدها على قياس قول أصحابنا، لأنهم عللوا نقلها إلى عدة الوفاة بإرثها، وهذه ليست وارثة فأشبهت المطلقة فى الصحة.

(٢٢) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (١/ ٣١٩، ٣٢٠).

بحال غيرها ولهذا لو حاضت قبل بلوغ سن يحيض لمثله النساء فى الغالب مثل أن تحيض ولها عشر سنين اعتدت بالحيض، وفارق من ارتفع حيضها ولا تدرى ما رفعه فإنها من ذوات القروء وهذه لم تكن منهن.

11- **مسألة:** **(وإن ارتابت المتوفى عنها لظهور أمارات الحمل من الحركة وانتفاخ البطن وانقطاع الحيض قبل أن تنكح لم تزل فى عدتها حتى تزول الريبة، وإن تزوجت قبل زوالها لم يصح النكاح، وإن ظهر بها ذلك بعد نكاحها لم يفسد به، لكن إن أتت بولد لأقل من ستة أشهر منذ نكحها فهو باطل وإلا فلا) .**

وجملة ذلك: أن المعتدة إذا ارتابت فى عدتها بأن ترى أمارات الحمل من حركة أو نفخة أو نحوهما، وشكت هل هو حمل أم لا؟ لم تخل من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تحدث بها الريبة قبل انقضاء عدتها فإنها تبقى فى حكم الاعتداد حتى تزول الريبة، فإن بان حملاً انقضت عدتها بوضعه، فإن زال وبان أنه ليس بحمل تبينا أن عدتها انقضت بالشهور أو بالأقراء إن كان فارقها فى الحياة، فإن تزوجت قبل زوال الريبة فالنكاح باطل، لأنها تزوجت وهى فى حكم المعتدات فى الظاهر، ويحتمل أنه إذا تبين عدم الحمل أنه يصح النكاح إذا كان بعد انقضاء العدة.

الثانى: أن تظهر الريبة بعد قضاء عدتها والتزوج فالنكاح صحيح، لأنه وجد بعد قضاء العدة ظاهرًا، والحمل مع الريبة مشكوك فيه فلا يزول ما حكمنا بصحته لكن لا يحل لزوجها وطؤها، لأننا شككنا فى صحة النكاح، ولأنه لا يحل لمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماءه زرع غيره ثم ينظر، فإن وضعت الولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى ووطئها فنكاحه باطل، لأنه نكحها وهى حامل، وإن أتت به لأكثر من ذلك فالولد لاحق به.

الثالث: ظهرت الريبة بعد قضاء العدة وقبل النكاح، ففيه وجهان: **أحدهما:** لا يحل لها أن تتزوج، وإن فعلت لم يصح النكاح، لأنها تتزوج مع الشك فى انقضاء العدة فلم تصح كما لو وجدت الريبة فى العدة، ولأننا لو صححنا النكاح لوقع موقوفًا، ولا يجوز كون النكاح موقوفًا، ولهذا لو أسلم وتخلفت امرأته فى الشرك لم يجز أن يتزوج أختها، لأن نكاحها يكون موقوفًا على إسلام الأولى.

والثانى: يحل لها النكاح ويصح، لأنا حكمنا بانقضاء العدة وحل النكاح وسقوط النفقة والسكنى، فلا يجوز زوال ما حكمنا به بالشك الطارئ ولهذا لا ينقض الحاكم ما حكم به بتغير اجتهاده ورجوع الشهود.

فصل: وإذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها أخرجت بالقرعة ، وعليها العدة دون غيرها، وتحسب عدتها من حين طلق لا من حين خرجت القرعة، وإن طلق واحدة بعينها وأنسيها ففى قول أصحابنا الحكم فيها كذلك، والصحيح: أنه يحرم عليه الجميع، وهو اختيار شيخنا، وقد

١٣٤٤- مسألة: قال: **(وإذا طلقها طلاقًا يملك فيه الرجعة وهى أمة فلم تنقض عدتها حتى أعتقت بنت على عدة حرة، وإن طلقها طلاقًا لا يملك فيه الرجعة فأعتقت اعتدت عدة أمة).**

هذا قول الحسن والشعبى والضحاك وإسحاق وأصحاب الرأى، وهذا أحد أقوال الشافعى والقول الثانى تكمل عدة أمة سواء كانت بائنًا أو رجعية، وهو قول مالك وأبى ثور لأن الحرية طرأت بعد وجوب العدة عليها فلا يعتبر حكمها كما لو كانت بائنًا أو كما لو طرأت بعد وجوب الاستبراء ولأنه معنى يختلف بالرق والحرية فكان الاعتبار بحالة الوجود كالحد.

وقال عطاء والزهرى وقتادة: تبنى على عدة حرة بكل حال وهو القول الثالث للشافعى لأن سبب العدة الكاملة إذا وجد فى أثناء العدة انتقلت إليها وإن كانت بائنًا كما لو اعتدت بالشهور ثم رأت الدم.

ذكرناه فى باب الشك فى الطلاق، فإن مات فعلى الجميع الاعتداد بأقصى الأجلين من عدة الطلاق أو الوفاة، لأن النكاح كان بائنًا بيقين، وكل واحدة منهن يجوز أن تكون المطلقة، ويجوز أن تكون زوجة فوجب أقصى الأجلين إن كان الطلاق بائنًا ليسقط الفرض بيقين كمن نسى صلاة من يوم لا يعلم عينها لزمه أن يصلى خمس صلوات لكن ابتداء القرء من حين طلق وابتداء عدة الوفاة من حين الموت، وهذا مذهب الشافعى، وإن طلق الجميع ثلاثًا بعد ذلك فعليهن كلهن تكميل عدة الطلاق من حين طلقهن، وإن طلق ثلاثًا وأنسيهن فهو كما لو طلق واحدة.

12- مسألة: (وإذا مات عن امرأة نكاحها فاسد فقال القاضى: عليها عدة الوفاة، نص عليه، وقال ابن حامد: لا عدة عليها للوفاة لذلك، فإن كان النكاح مجمعًا على بطلانه لم تعتد للوفاة من أجله وجهًا واحدًا).

أما إذا كان النكاح مجمعًا على بطلانه مثل أن ينكح ذات محرمه أو معتدة يعلم حالها وتحريمها فلا حكم لعقدها، والخلوة بها كالخلوة بالأجنبية لا توجب عدة، وكذلك الموت عنها لا يوجب عدة الوفاة، وإن وطئها اعتدت لوطئها بثلاثة قروء منذ وطئها سواء فارقها أو مات عنها كالمزنى بها من غير عقد، فأما إن نكحها نكاحًا مختلفًا فيه فهو فاسد، فإن مات عنها فنقل جعفر بن محمد: أن عليها عدة الوفاة، وهو اختيار أبى بكر، وقال أبو عبد الله بن حامد: ليس عليها عدة الوفاة، وهو مذهب الشافعى، لأنه نكاح لا يثبت فأشبه الباطل، فعلى هذا إن كان قبل الدخول فلا عدة عليها، وإن كان بعده اعتدت بثلاثة قروء، ووجه الأول أنه نكاح يلحق به النسب فوجبت به العدة كالنكاح الصحيح بخلاف الباطل، فإنه لا يلحق به النسب، وإن فارقها فى الحياة بعد الإصابة اعتدت بعد فرقته بثلاثة قروء إن كانت من ذوات الأقراء أو بثلاثة أشهر إن لم تكن ولا خلاف فى ذلك، وإن كان قبل الخلوة فلا عدة عليها

ولنا: أنها إذا عتقت وهى رجعية فقد وجـدت الحرية وهى زوجة تعتد عدة الوفاة لو مات فوجبَ أن تعـتد عدة الحرائر كـما لو أعتـقت قبل الطلاق، وإن أعتـقت وهى بائن فلم توجد الحرية فى الزوجية فلم تجب عليها عدة الحرائر كـما لو أعتقت بعد مضى القرأين، ولأن عدة الرجعية تنتقل إلى عدة الوفاة لو مات فتنتقل إلى عدة الحرائر، والبائن لا تنتقل إلى عدة الوفاة فلا تنتقل إلى عدة الحـرائر كما لو انقضت عدتها، وما ذكـرناه لمالك يبطل بما إذا مات زوج الرجعية فإنها تنتقل إلى عدة الوفاة، والفـرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا حاضت الصغيرة: أن الشهور بدل عن الحيض فإذا وجد المبدل زال حكم البـدل كالمتيمم يجد الماء، وليس كذلك ههنا فإن عدة الأمة ليست ببدل، ولذلك تبنى الأمة على ما مضى من عدتها اتفاقًا وإذا حاضت الصغيرة استأنفت العدة فافترق[٢٣]، وتخالف الاستبراء فإن الحرية لو قارنت سبب وجوبه لم تكمل، ألا ترى أن أم الولد إذا مات سيدها عتقت لموته ووجب الاستبراء كما يجب على التى لم تعتق، ولأن الاستبراء لا يختلف بالرق والحرية بخلاف مسألتنا.

فـصـل: إذا عتقت الأمة تحت العبد فاختارت نفسها اعتدت عدة الحرة، لأنها بانت من زوجها وهى حرة.

وقد روى الحـسن أن النبـى ﷺ أمر بريرة أن تعتد عـدة الحرة[٢٤] وإن طلقـها العـبد طلاقًا رجعيّـا فأعتقها سـيدها بنت على عدة الحرة سواء فسـخت أو أقامت على النكاح لأنها عتقت فى عدة رجعية وإن لـم تفسخ فراجعها فى عدتها فلها الخيار بعد رجـعتها فإن اختارت

بغير خلاف، لأن المفـارقة فى الحياة فى النكاح الصحيح لا عدة عليـها، ففى الفاسد أولى، وإن كان بعد الخلوة قبل الإصابة فالمنصوص عن أحـمد: أن عليها العدة، لأنه أجرى مجرى النكاح الصحيح فى لحوق النسب فكذلك فى العدة، وقال الشـافعى: لا عدة عليها لوجهين: **أحدهما**: أنها خلوة فى غير نكاح صحيح أشبهت التى نكاحها باطل، **والثانى**: أن الخلوة عنده فى النكاح الصحيح لا توجب العدة ففى الفاسد أولى، وهذا مقتضى قول ابن حامد.

فـصـل: (الثالث ذات القروء التى فارقـها فى الحياة بعد دخوله بهـا عدتها ثلاثة قروء إن كانت حرة وقرء إن كانت أمة).

أما الحرة من ذوات القروء فعدتها ثلاثة قروء بغير خلاف بين أهل العلم لقول الله تعالى: ﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ**﴾ وأما الأمة فعدتها بالـقرء قرءآن فى قول أكثر أهل العلم منهم: عمـر وعلى وابن عمر وسـعيد بن المـسيب وعطاء وعبـد الله بن عتبـة والقاسم والزهرى وقـتادة ومالك والـثورى والشافـعى وإسحـاق وأبو ثور وأصحـاب الرأى، وعن ابن سيرين: عدتها عدة الحرة إلا أن تكون قد مضت بذلك سنة وهو قول داود، لقول الله تعالى: ﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ**﴾.

---

(٢٣) وفى نسخة: فافترقا.

(٢٤) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٣٤٠٥) وإسناده صحيح.

الفسخ قبل المسيس فهل تستأنف العدة أم تبنى على ما مضى من عدتهـا؟ على وجهين: فإن قلنا: تستأنف، فإنها تستأنف عدة حرة، وإن قلنا: تبنى، بنت على عدة حرة.

١٣٤٥- **مسألة:** قال: (وإذا طلقها وهى ممن قد حاضت فارتفع حيضها، لا تدرى ما رفعه؟ اعتدت سنة) .

وجـملة ذلك أن الرجل إذا طلق امرأته وهى من ذوات الأقراء فلم تر الحـيض فى عادتها ولم تدر ما رفعه، فـإن تعتد سنة: تسعة أشهـر منها تتربص فيها لتـعلم براءة رحمها لأن هذه المدة هى غالب مدة الحـمل فإذا لم يبن الحمل فيها علم براءة الرحم ظاهرًا فتـعتد بعد ذلك عدة الآيسات ثلاثة أشهر، هذا قول عمر ﷺ، قال الشـافعى: هذا قضاء عمر بين المهاجرين والأنصار لا ينكره منهم منكر علمناه، وبه قـال مالك والشافعى فى أحـد قوليه، وروى ذلك عن الحسن، وقال الشافـعى فى قول آخر: تتربص أربع سنين أكثر مدة الحـمل ثم تعتد بثلاثة أشهر لأن هذه المدة هى التى يتيقن بها براءة رحمها فوجب اعتبارها احتياطًا.

وقال فى الجديد: تكون فى عدة أبدًا حتى تحيض أو تـبلغ سن الإياس تعتد حينئذ بثلاثة أشـهر، وهذا قـول جـابر بن زيد وعطاء وطاوس والشـعـبـى والنخـعى والزهرى وأبى الزناد والثورى وأبـى عـبيد وأهل العـراق، لأن الاعتداد بالأشهـر جعل بعد الإياس فلم يجـز قبله، وهذه ليست آيسة ولأنها ترجو عود الدم فلم تعتد بالشهور كما لو تباعد حيضها لعارض.

ولنا قول النبى ﷺ: «قرء الأمة حـيضتان»[6] ولأنه قول من ذكرنا مـن الصحابة، ولم نعرف لهم مخالفًـا فى الصحابة فكان إجماعًا، وهذا يخص عـموم الآية، ولأنه معنى ذو عدد بنى على التفاضل، فلا تساوى الأمة فيه الحرة كـالحد، وكان القياس يقتضى أن تكون حيضة ونصفًا كما كان حدها على النصف من حد الحـرة إلا أن الحيض لا يتبعض فكمل حيضتين، ولهذا قال عمر ﷺ: لو أستطيع أن أجعل العدة حيضة ونصفًا لفعلت.

13- **مسألة:** (والقرء الحيض فى أصح الروايتين، والثانية: هى الأطهار) .

القرء فى كلام العرب يقع على الحيـض والطهر جميعًا فهو من الأسماء المـشتركة، قال أحمد بن يحيى ثعلب: القروء: الأوقات، الواحد قـرء، وقد يكون حيضًا، وقد يكون طهرًا، لأن كل واحد منهما يأتى لوقت، قال الشاعر:

كَـرِهْتُ العَـقْـرَ عَـقْـرَ بَنِى تَمِـيمٍ إذا هَبَّـتْ لِقَـــارِئِهـــا الـرِّيَاحُ

يعنى لوقتها، وقال الخليل بن أحمد: يقال: أقرأت المرأة إذا دنا حيضها، وأقرأت إذا دنا طهرها، وفى الحديث عن النبى ﷺ: «دعى الصلاة أيام أقـرائك، فهذا الحيض»[7] وقـال الشاعر:

مُـــوَرِّثَةٍ عِـزًا وفى الـحَىِّ رِفْـعَـــةً لِمَـا ضَاعَ فِـيهـا مِنْ قُرُوءِ نِسَـائِكا

---

(6) تقدم برقم (٥) مسألة رقم (١٣٣٩) مغنى. (7) تقدم برقم (٩) مسألة (١٣٣٩).

ولنا: الإجماع الذى حكاه الشافعى، ولأن الغرض بالاعتداد معرفة براءة رحمها وهذا تحصل به براءة رحمها فاكتفى به، ولهذا اكتفى فى حق ذات القرء بثلاثة قروء وفى حق الآيسة بثلاثة أشهر، ولو روعى اليقين لاعتبر أقصى مدة الحمل، ولأن عليها فى تطويل العدة ضررًا فإنها تمنع من الأزواج وتحبس دائمًا ويتضرر الزوج بإيجاب السكنى والنفقة عليه، وقد قال ابن عباس: لا تطولوا عليها الشقة كفاها تسعة أشهر، فإن قيل: فإذا مضت تسعة أشهر فقد علم براءة رحمها ظاهرًا فلم اعتبرتم ثلاثة أشهر بعدها، قلنا: الاعتداد بالقروء والأشهر إنما يكون عند عدم الحمل وقد تجب العدة مع العلم ببراءة الرحم بدليل ما لو علق طلاقها بوضع الحمل فوضعته وقع الطلاق ولزمتها العدة.

فصل: فإن عاد الحيض إليها فى السنة ولو فى آخرها لزمها الانتقال إلى القروء لأنها الأصل، فبطل بها حكم البدل، وإن عاد بعد مضيها ونكاحها لم تعد إلى القروء لأن عدتها انقضت وحكمنا بصحة نكاحها فلم تبطل كما لو اعتدت الصغيرة بثلاثة أشهر وتزوجت ثم حاضت، وإن حاضت بعد السنة وقبل نكاحها، ففيه وجهان: أحدهما: لا تعود لأن العدة انقضت بالشهور فلم تعد كالصغيرة، والثانى: تعود لأنها من ذوات القروء وقد قدرت على المبدل قبل تعلق حق زوج بها فلزمها العود كما لو حاضت فى السنة.

فهذا الطهر، واختلف أهل العلم فى المراد فى قوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ واختلفت الرواية عن أحمد فى ذلك فروى أنها الحيض، روى ذلك عن عمر وعلى وابن عباس وسعيد بن المسيب والثورى والأوزاعى والعنبرى وإسحاق وأبى عبيد وأصحاب الرأى، وروى أيضًا عن أبى بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبى موسى وعبادة بن الصامت وأبى الدرداء، قال القاضى: الصحيح عن أحمد: أن الأقراء الحيض، وإليه ذهب أصحابنا، ورجع عن قوله بالأطهار، فقال فى رواية النيسابورى: كنت أقول: إنه الإطهار، وأنا أذهب اليوم إلى أن الأقراء الحيض، وقال فى رواية الأثرم: كنت أقول: إنه الأطهار ثم وقفت لقول الأكابر.

والرواية الثانية: عن أحمد: أن القروء: الأطهار، وهو قول زيد وابن عمر وعائشة وسليمان بن يسار والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وعمر بن عبد العزيز والزهرى ومالك والشافعى وأبى ثور، وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: ما أدركت أحدًا من فقهائنا إلا وهو يقول ذلك، قال ابن عبد البر: رجع أحمد إلى القرء والأطهار[8]، وقال فى رواية الأثرم: رأيت الأحاديث عمن قال: القروء الحيض، تختلف، والأحاديث عمن قال: إنه أحق بها حتى تدخل في الحيضة الثالثة أحاديثها صحاح قوية، واحتج من قال ذلك بقول الله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ (الطلاق: ١) أى: فى عدتهن كقوله تعالى: ﴿وَنَضَعُ الْمَوَازِينَ الْقِسْطَ لِيَوْمِ

---

(8) انظر التمهيد لابن عبد البر (١٥/ ٩٣).

١٣٤٦- **مسألة:** قال: **(وإن كانت أمة اعتدت بأحد عشر شهراً: تسعة أشهر للحمل وشهران للعدة).**

هذه المسألة مبنية على أصلين: **أحدهما:** أن الحرة تعتد بسنة إذا ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه، **الثانى:** أن عدة الأمة الآيسة شهران فتتربص تسعة أشهر لأن مدة الحمل تتساوى فيها الحرة والأمـة لكونه أمراً حقيـقيًا فـإذا يئست من الحمل اعـتدت عدة الآيسة شـهرين، وعلى الرواية التى جعل عدتها شهراً ونصفًا تكون عدتها عـشرة أشهر ونصفًا ومن جعلها ثلاثة أشهر فعدتها سنة كالحرة.

١٣٤٧- **مسألة:** قال: **(وإن عرفت ما رفع الحيض كانت فى عدة حتى يعود الحيض فتعتد به إلا أن تصير من الآيسات فتعتد بثلاثة أشهر من وقت تصير فى عداد الآيسات).**

أما إذا عـرفت أن ارتفاع الحيض بعارض من مـرض أو نفاس أو رضاع فـإنها تنتظر زوال العارض وعـود الدم وإن طال إلا أن تصير فى سن اليأس، وقـد ذكرناه، فعند ذلك تعـتد عدة

الْقِيَامَةِ﴾ (الأنبياء: ٤٧) أى: فى يوم القيامة، وإنما أمر بالطلاق فى الطهر لا فى الحيض، ويدل على ذلك قول النبى ﷺ فى حديث ابن عمر: «فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، فإن شاء طلق، وإن شاء أمسك، فتلك العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء»(9) متفق عليه، وفى رواية ابن عمر: فطلقوهن فى قبل عدتهن، ولأنها عدة عن طلاق مجرد مباح، فوجب أن تعتبر عقيب الطلاق كعدة الآيسة والصغيرة، ووجه الرواية الأولى قول الله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ (الطلاق: ٤) فنقلهن عند عدم الحيض إلى الاعتداد بالأشهر، فيدل ذلك على أن الأصل الحيض، كما قال تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾ (المائدة: ٦) ولأن المعهود فى لسان الشارع استعمال القرء بمعنى الحيض فقال النبى ﷺ: «تدع الصلاة أيام أقرائها» رواه أبو داود(10)، وقال لفاطمة بنت أبى حبيش: «انـظرى فإذا أتى قروك فلا تصلى وإذا مـر قرؤك فتطهرى ثم صلى مـا بين القرء إلى القـرء» رواه النسـائى(11)، ولم يعهد فى لسـانه استعماله بمعنى الطهـر فى موضع فوجب أن يحمل كلامه على المعهـود فى لسانه، وروى عن النبى ﷺ أنه قال: «طلاق الأمة طلقتان، وقرؤها حـيضـتان» رواه أبو داود وغيـره، فإن قالـوا: هذا يرويه مظاهر بن أسلم، وهو منكر الحديث، قلنا: قد رواه عبد الله بن عيسى عن عطية العوفى عن ابن عمر، كذلك أخرجه ابن ماجه فى سننه، وأبو بكر الخـلال فى جامعه، وهو نص فى عدة الأمـة، فكذلك عدة الحرة، ولأن ظاهر قولـه تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ وجوب التـربص ثلاثة كاملة، ومن

---

(9) تقدم تخريجه فى المسألة رقم (١٠٦) من المجلد الأول ص ٤٨٧.

(10) أخرجه أبو داود فى «الطهارة» (١/ ح٢٩٧) وإسناده صحيح.

(11) أخرجه النسائى فى «الطهارة» (١/ ح٢١١) وإسناده صحيح.

الآيسات، وقد روى الشافعي في مسنده[٢٥] بإسناده عن حبان بن منقذ: أنه طلق امرأته طلقة واحدة وكانت لها منه بنية ترضعها، فتباعد حيضها ومرض حبان فقيل له: إنك إن مت ورثتك، فمضى إلى عثمان وعنده علي وزيد بن ثابت فسأله عن ذلك فقال عثمان لعلي وزيد ما تريان؟ فقالا: نرى أنها إن ماتت ورثها وإن مات ورثته لأنها ليست من القواعد اللائي يئسن من المحيض ولا من الأبكار اللائي لم يبلغن المحيض، فرجع حبان إلى أهله فانتزع البنت منها فعاد إليها الحيض فحاضت حيضتين ومات حبان قبل انقضاء الثالثة فورثها عثمان رضي الله عنه، وروى الأثرم بإسناده عن محمد بن يحيى بن حبان: أنه كانت عند جده امرأتان هاشمية

جعل القروء الأطهار لم يوجب ثلاثة بل يكتفي بطهرين وبعض الثالث فيخالف ظاهر النص، ومن جعله الحيض أوجبه ثلاثة كاملة، فيوافق ظاهر النص، فيكون أولى من مخالفته، ولأن العدة استبراء فكانت بالحيض كاستبراء الأمة، وذلك لأن الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل، والذي يدل عليه الحيض فوجب أن يكون الاستبراء به، **فإن قيل**: لا نسلم أن استبراء الأمة بالحيضة لذلك قال ابن عبد البر: وإنما هو بالطهر الذي قبل الحيضة، وقال: قولهم: إن استبراء الأمة حيضة بإجماع ليس كما ظنوا بل جائز لها عندنا أن تنكح إذا دخلت في الحيضة واستيقنت أن دمها دم حيض كذلك قال إسماعيل بن إسحاق ليحيى بن أكثم حين دخل عليه في مناظرته إياه، **قلنا**: هذا يرده قول النبي ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرئ بحيضة»[12] ولأن الاستبراء تعرف براءة الرحم، وإنما يحصل بالحيضة لا بالطهر الذي قبلها، ولأن العدة تتعلق بخروج خارج من الرحم فوجب أن تتعلق بالحيض كوضع الحمل يحققه أن العدة مقصودها براءة المرأة من الحمل فتارة تحصل بوضعه وتارة تحصل بما ينافيه، وهو الحيض الذي لا يتصور وجوده معه، فأما قول تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ فيجوز أنه أراد قبل عدتهن إذ لا يمكن حمله على الطلاق في العدة ضرورة أن الطلاق يسبق العدة لكونه سببها، والسبب يتقدم الحكم، ولا يؤخذ الحكم قبله، والطلاق في الطهر تطليق قبل العدة إذا كانت الأقراء بالحيض.

14- مسألة: (ولا تعتد بالحيضة التي طلقها فيها حتى تأتي بثلاث كاملة بعدها).

لا نعلم في ذلك خلافًا بين أهل العلم، لأن الله تعالى أمر بثلاثة قروء فيتناول ثلاثة كاملة، والتي طلق فيها لم يبق ما تتم به مع اثنتين ثلاثة كاملة فلا تعتد بها، ولأن الطلاق إنما حرم في الحيض لما فيه من تطويل العدة عليها، فلو احتسب بتلك الحيضة قرءًا كان أقصر لعدتها، وأنفع لها فلم يكن محرمًا.

---

(٢٥) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٤١٩) وعبد الرزاق في «المصنف» (٦/ ٣٤٠، ٣٤١/ ١١١٠٠).

(12) تقدم برقم (١٥) مسألة رقم (١٣٣٩).

وأنصارية فطلق الأنصارية وهى مرضع فمـرت بها سنة ثم هلك ولم تحض فقالت الأنصارية: لم أحض، فاختصموا إلى عـثمان ﷺ فقضى لها بالميراث، فلامت الهاشميـة عثمان فقال: هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا ـ يعنى على بن أبـى طالب ﷺ(٢٦).

مسألة: قال: (**وإن حاضت حيضة أو حيضتـين ثم ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه، لم تنقض عدتها إلا بعد سنة بعد انقطاع الحيض**).

وذلك لما روى عن عمر ﷺ، أنه قال فى رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين فارتفع حيـضها لا تدرى ما رفعـه: تجلس تسعة أشهر، فـإذا لم يستبن بها حمل تعـتد بثلاثة أشهـر(٢٧) فذلك سنة، ولا نعرف له مخالفًا، قال ابن المـنذر: قضى به عمر بين المهاجرين والأنصار ولم يـنكره منكر، وقال الأثرم سـمعت: أبا عبـد الله يسأل عن الرجل يطـلق امرأته فتحيض حيضة ثم يرتفع حيضها، قال: اذهب إلى حديث عمر إذا رفعت حيضتها فلم تدر مما ارتفعت، فإنها تنتظر سنة، قيل له: فحـاضت دون السنة، فقال: ترجع إلى الحيضة، قيل له: فإن ارتفعت حيضـتها أيضًا لا تدرى مما ارتفعت؟ قال: تقـعد سنة أخرى، وهذا قول كل من وافقنا فى المسألة الأولى وذلك لأنها لما ارتفعت حيضتها حصلت مرتابة فوجب أن تنتقل إلى الاعتداد بسنة كمـا لو ارتفع حيضها حين طلقها، ووجب عليـها سنة كاملة لأن العدة لا تنبنى على عدة أخرى ولذلك لو حاضت حيضة أو حيـضتين ثم يئست انتقلت إلى ثلاثة أشهر كاملة ولو اعتدت الصغيرة شهرًا أو شهرين ثم حاضت انتقلت إلى ثلاثة قروء.

فـصـل: فإن كانت عادة المرأة أن يتباعد ما بين حيـضتيها لم تنقص عدتها حتى تحيض ثلاث حـيض، وإن طالت، لأن هذه لم يرتفع حيضها ولم تتـأخر عن عادتها فهى من ذوات القروء باقية على عادتها فأشبهت من لم يتباعد حيضها، ولا نعلم فى هذا مخالفًا.

15- **مسألة:** (**ولا تعتد بالحيضة التى طلقها فيـها، وإذا طهرت من الحيضة الثالثة حلت فى إحدى الروايتين، والأخرى: لا تحل حتى تغتسل**).

حكى هاتين الروايتين أبو عبد الله بن حامد، **إحداهـما**: أنها فى العدة ما لم تغتسل يباح لزوجها ارتجاعها، ولا يحل لغيره نكاحها قـال: قال أحمد وعمر وعلى وابن مسعود يقولون: قبل أن تغتسل من الحيضة الثالثة، روى ذلك عن سعيد بن المسيب والثورى وإسحاق، وروى ذلك عن أبى بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبى موسى وعبادة وأبى الدرداء ﷺ قال شريك: له الرجعة، وإن فرطت فى الغسل عشرين سنة، قال أبو بكر: روى عن أبى عبد الله: أنها فى عدتهـا، ولزوجها رجعـتها حـتى يمضى وقت الصلاة التى قـد طهرت فى وقتهـا، وهذا قول

---

(٢٦) أخرجه مالك فى «الموطأ» (٢/ ٤٣/ ٥٧٢) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤١٩) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٦/ ح١١١٠٢/ ص٣٤١) وسعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ح١٣٠٥).

(٢٧) أخرجه مالك فى «الموطأ» (٢/ ٥٨٢/ ٧٠) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤١٩، ٤٢٠).

فـصـل: فى عدة المستحاضة، لا تخلو إما أن يكون لها حيض محكوم به بعادة أو تمييز أو لا تكون كذلك فإن كان لها حيض محكوم به بذلك فحكمهـا فيه حكم غير المستحاضة إذا مرت لها ثلاثة قروء فقد انقضت عدتها، قال أحمـد: المستحاضة تعتد أيام أقرائها التى كانت تعرف وإن علمت أن لهـا فى كل شهر حـيضة ولم تعلم مـوضعها فـعدتها ثلاثة أشــهر، وإن شكت فى شيء تربصت حتى تستيقن أن القروء الثلاث قد انقضت، وإن كانت مبتدأة لا تمييز لها أو ناسية لا تعرف لها وقتًا ولا تمييزًا فعن أحمد روايتان:

إحداهـما: أن عدتها ثلاثة أشهر، وهو قول عكرمة وقتادة وأبى عبيد لأن النبىّ أمر حمنة بنت جحش أن تجلس فى كل شهر ستة أيام أو سبعة(٢٨) فجعل لها حيضة فى كل شهر تترك فيها الصلاة والصيام ويثبت فيـها سائر أحكام الحيض فيجب أن تنقضى به العدة لأن ذلك من أحكام الحيض.

والرواية الثـانية: تعتد سنة بمنزلة من رفعت حيضتهـا لا تدرى ما رفعها، قال أحمد: إذا كانت قد اختلطت ولم تعلم إقبال الدم وإدباره اعتـدت سنة لحديث عمر لأن به يتبين الحمل، وهو قول مالك وإسـحاق، لأنها لم تتيقن لهـا حيضًا مع أنها من ذوات القـروء فكانت عدتها سنة كالتى ارتفع حـيضها، وعلى الرواية الأولى ينبـغى أن يقال: إننا متى حكمنا بأن حيـضها سبـعة أيام من كل شهر فـمضى لها شهـران بالهلال وسبـعة أيام من أول الثالث فقـد انقضت عدتها، وإن قلنا القروء الأطهار فطلقها فى أخر شـهر ثم مر لها شهران، وهلّ الثالث انقضت عدتها، وهذا مذهب الشافعى.

الثورى، وقال أبو حنيفة: إذا انقطع الدم لدون أكثـر الحيض، وإن انقطع لأكثره انقضت العدة بإنقطاعه، ووجه اعتـبار الغسل: أنه قول الأكابر من أصحـاب رسول الله ﷺ، ولا مخالف لهم فى عصرهم فـيكون إجماعًا، ولأنها مـمنوعة من الصلاة بحكم حدث الحيض فـأشبهت الحائض.

والرواية الثـانيـة: أن العدة تنقضى بطهرها من الحيضـة الثالثة، وانقطاع دمها، اختاره أبو الخطاب، وهو قـول سعـيـد بن جبـير والأوزاعـى والشافـعى فى القـديم لقول الله تعـالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة: ٢٢٨) وقد كملت القروء بوجوب الغسل عليها ووجوب الصلاة وفعل الصيـام وصحته منها، ولأنه لم يبق حكم العدة فى المـيراث ووقوع الطلاق بها واللعان والنفـقة، وكذلك فيـما نحن فيه قـال القاضى: إذا شرطنا الغـسل أفاد عدمه الرجـعة وتحريمها على الأزواج، فأما سائر الأحكام فإنها تنقطع بانقطاع دمها.

---

(٢٨) أخرجـه ابن ماجـه فى «الطهارة» (١/ ح٦٢٧) وأحـمد فى «مسنده» (٦/ ٣٨١، ٣٨٢) والـحاكم فى «المستدرك» (١/ ١٧٢، ١٧٣) والدارمى فى «السنن» (١/ ٢١٤) والبـيهقى فى «السنن الكبرى» (١/ ٣٣٨، ٣٣٩).

١٣٤٩- مسـألة: قـال: **(ولو طلقهـا وهى من اللائى لم يحضن فلم تنقض عـدتها بالشهور حتى حاضت استقبلت العدة بثلاث حيض إن كانت حرة وبحيضتين إن كانت أمة).**

وجملـته أن الصغيرة التى لم تحض أو البالغ التى لم تحض إذا اعتدت بالشهور فحاضت قبل انقضاء عدتها ولو بسـاعة لزمها استئناف العدة فى قول عامة علمـاء الأمصار منهم: سعيد ابن المسيب والحسن ومـجاهد وقتادة والشعبـى والنخعى والزهرى والثـورى ومالك والشافعى وإسحاق وأبو عبـيد وأصحاب الرأى وأهل المدينة وأهل البصـرة، وذلك لأن الشهور بدل عن الحيض، فإذا وجد المبدل بطل حكم البدل كالتيمم مع الماء ويلزمها أن تعتد بثلاث حيض إن قلنا القروء الحيض، وإن قلنا القروء الأطهار فهل تعتد بما مضى من الطهر قبل الحيض قرءًا؟ فيه وجهان: **أحدهـما:** تعتد به لأنه طهر انتقلت منه إلى حيض فأشبه الطهر بين الحيضتين، **والثـانى:** لا تعتد به، وهو ظاهر كـلام الشافعى لأن القرء هو الطهر بين الحيـضتين وهذا لم يتقدمه حيض فلم يكن قرءًا، فأما إن انقـضت عدتها بالشهور ثم حاضت بعدها ولو بلحظة لم يلزمها استئناف العدة لأنه معنى حدث بعد انقضاء العدة كالتى حاضت بعد انقضاء العدة بزمن طويل ولا يمكن منـع هذا الأصل، لأنه لو صح منعـه لم يحـصل لمن لم تحض الاعـتداد بالشهور بحال.

فـصـل: ولو حاضت حيضة أو حيضتـين ثم صارت من الآيسات استأنفت العدة بثلاثة أشـهـر، لأن العدة لا تلفق من جنسين وقد تعذر إتمامهـا بالحيض فوجب تكميلها بالأشهر،

فـصل: ومن قال: القرء: الأطهار احتسب لها بالطـهر الذى طلقها فيه قرءًا، وإن بقى منه لحظة حسـبهـا قرءًا، هذا قول كل من قـال: إن القروء الأطهار إلا الزهرى، فإنه قـال: تعتد بثلاثة قروء سوى الطهر الذى طلقها فيه، وحكى عن أبى عبيدة: أنه كان جامعها فى الطهر لم تحتسب ببقيته، لأنه زمن حرم فيه الطلاق فلم تحتسب به من العدة كزمن الحيض.

ولنا: أن الطلاق حرم فى زمن الحـيض دفعًا لضرر تطـويل العدة عليها فلو لم تحـتسب ببقية الطهر قرءًا كان الطلاق فى الطهر أضر بها وأطول عليها، وما ذكر عن أبى عبيد لا يصح، لأن تحريم الطلاق فى الـحيض لكونها تحـتسب ببقـيته، فـلا يجوز أن تجعـل العلة فى عدم الاحتساب تحريم الطلاق فتصير العلة معلولاً، وإنما تحريم الطلاق فى الطهر الذى أصابها فيه لكونها مرتابة ولكونه لا يأمن الندم بظهور حملها، فـأما إن انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر فـإن الطلاق يقع فى أول الحـيضة، ويكون مـحرمًـا، ولا تحتـسب بتلك الحيـضة من عدتها، وتحتاج أن تعتد بثلاث حيض أو ثلاثة أطهار على الرواية الأخرى، ولو قال لها: أنت طالق فى آخر طهرك أو فى آخر جزء من طهرك، فإنها لا تحتسب الذى وقع فيه الطلاق، لأن العدة لا تكون إلا بعد وقوع الـطلاق، وليس بعده طهر تعتد به، ولا يجوز الاعـتداد بما قبله ولا بما قـارنه، ومن جعل القرء الحيض اعـتد لها بالحيـضة التى تلى الطلاق، لأنها حـيضة

وإن ظهر بهـا حمل من الزوج سقط حكم ما مـضى وتبين أن ما رأته من الدم لم يكن حـيضًا لأن الحامل لا تحيض، ولو حـاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل لأقل من ستـة أشهر منذ انقضت الحيضـة الثالثة تبينا أن الدم ليس بحيض لأنها كـانت حاملاً مع رؤية الدم والحامل لا تحيض، ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حـمل يمكن أن يكون حادثًا بعد انقضاء العدة بأن تأتى به لستة أشهر منذ فرغت من عدتهـا لم تلحق بالزوج وحكمنا بصحة الاعتداد، وكان هذا الولد حادثًا، وإن أتت به لدون ذلك تبينا أن الدم ليس بـحيض، لأنه لا يجوز وجوده فى مدة الحمل.

فـصـل: وإذا ارتابت المعـتـدة ومعناه أن ترى أمـارات الحمل من حركة أو نفـخة ونحوهما وشكت هل هو حمل أم لا؟ فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

كاملة لم يقع فيها طلاق، فوجب أن تعتد بـها قرءًا، فإن اختلفا فقال الزوج: وقع الطلاق فى أول الحيض، وقـالت: بل فى آخر الطهر أو قال: انـقضت حروف الطلاق مع انقضـاء الطهر وقالت: بل قد بقى منه بقية فالقول قولها، لأن قولها مقبول فى الحيض وفى انقضاء العدة.

16- مـسـألة: (والرواية الثانية: القروء الأطـهار وتعتد بالطهر الذى طلقها فـيه قرءًا، فإذا طعنت فى الحيضة الثالثة حلت).

إذا طلقها وهى طاهر انقـضت عدتها برؤية الدم من الحيـضة الثالثة، وإن طلقهـا حائضًا انقضت برؤية الدم من الحيضة الرابعة، وهذا قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وأبان بن عـثمان ومالك وأبى ثور وهو ظاهر مذهب الشافعى وحكى عنه قول آخر: لا تنقـضى العدة حتى يمضى من الدم يوم وليلة لجـواز أن يكون الدم دم فساد فلا يحكم بانقضاء العدة حتى يزول الاحتمال، وحكى القاضى هذا الاحتمال فى مذهبنا أيضًا.

ولنا: أن الله تعالى جعل العدة ثلاثة قروء، فالزيادة عليهـا مخالفة للنص فلا يعول عليه، ولأنه قول من سـمينا من الصحابة رواه الأثرم عنهـم بإسناده، ولفظ حديث زيد بن ثابت: إذا دخلت فى الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها ولا ترثه ولا يرثها (13) وقولهم: إن الدم يجوز أن يـكون دم فساد، قلنا: قـد حكم بكونه حيـضًا فى ترك الصـلاة وتحريمـها على الزوج وسائر أحكام الحيض فكـذلك فى انقضاء العدة ثم إن كان التـوقف عن الحكم بانقضاء العدة للاحتمال فإذا تبين أنه حيض علمنا أن العدة قد انقضت حين رأت الدم كما لو قال لها: إن حضت فأنت طالق، واختلف القائلون بهذا القول، فمنهم من قال: اليوم والليلة من العدة، لأنه دم تكمل به العـدة، فكان منها كـالذى فى أثناء الأطهار ومنهم مـن قال: ليس منهـا إنما يتبين به انقضاؤها، لأننا لو جعلناه منها أوجبنا الزيادة على ثلاثة قروء ولكننا نمنعها من النكاح حتى يمضى يوم وليلة، ولو راجعها زوجها فيها لم تصح الرجعة، وهذا أصح الوجهين.

---

(13) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤١٥).

أحـدها: أن تحـدث به(٢٩) الريبة قبل انقضاء عدتها فـإنما تبقى فى حكم الاعتداد حتى تزول الريبة، فإن بان حملاً انقضت عدتها بوضعه فإن زالت وبان أنه ليس بحمل تبينا أن عدتها انقضت بالقروء أو الشهور، فـإن زوجت قبل زوال الريبة فالنكاح باطل لأنها تزوجت وهى فى حكم المعـتدات فى الظاهر ويحـتمل أنه إذا تبين عـدم الحمل أنه يصح النكاح لأنا تبـينا أنها تزوجت بعد انقضاء عدتها.

الثـانى: أن تظهر الريبة بعد انقضاء عدتها والتزويج فالنكاح صحيح، لأنه وجد بعد قضاء العدة ظاهرًا والحمل مع الريبة مشكوك فيه ولا يزول به ما حكم بصحته، لكن لا يحل لزوجها وطؤها لأننا شككنا فى صحة النكاح ولأنه لا يحل لمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماءه زرع غيره ثم ننظر، فإن وضعت الولد لأقل من ستة أشهـر منذ تزويجها الثانى ووطئها فنكاحه باطل لأنه نكحها وهى حامل، وإن أتت به لأكثر من ذلك فالولد لاحق به ونكاحه صحيح.

فـصل: وكل فرقة بين زوجين فى الحياة بعد الدخـول فعدة المرأة منها عدة الطلاق سواء كانت بخلع أو لعان أو رضاع أو فـسخ بعيب أو إعسار أو إعتاق أو اخـتلاف دين أو غيره فى قول أكثر أهل العلم، وروى عن ابن عباس: أن عدة الملاعنة تسعة أشهر وأبى ذلك سائر أهل العلم، وقالوا: عدتها عـدة الطلاق، لأنها مفارقة فى الحياة أشبـهت المطلقة وأكثر أهل العلم يقولون: عدة المختلعـة عدة المطلقة منهم سعيد بن المسيب وسـالم بن عبد الله وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز والحسن والشـعبى والنخعى والزهرى وقتادة وخلاس بن عمرو وأبو عياض ومالك والليث والأوزاعى والشافعى، وروى عن عثمان بن عفان وابن عمر وابن عباس وأبان بن عثمان وإسحاق وابن المنذر: أن عدة المخـتلعة حيضة، ورواه ابن القاسم عن أحمد لما روى ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فـجعل النبى ﷺ عدتها حيضة(14) رواه النسائى، وعن ربيع بنت معوذ مـثل ذلك، ولأن عثمان قضى به(15)، رواه النسائى وابن ماجه.

ولنا قول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ ولأنها فرقة بعد الدخول فى الحياة فكانت ثلاثة قروء كغير الخلع، وقـول النبى ﷺ : «قرء الأمة حيضتان»(16) عـام وحديثهم يرويه عكرمة مرسلاً، قال أبو بكر: هو ضعيف مرسل، وقول عثمان وابن عباس قد خالفه قول عمر وعلى فإنهما قالا: عدتها ثلاث حيض وقولهما أولى، وأما ابن عمر فقد روى مالك عن نافع عنه أنه قال: عدة المختلعة عدة المطلقة، وهو أصح عنه.

---

(٢٩) فى نسخة «هـ»: بها.

(14) أخرجه مسلم فى كتاب «الطلاق» (٢/ ٣٦/ ١١١٤).

(15) أخرجه النسائى فى «سننه» (٦/ ١٥٣) وابن ماجه فى «سننه» (١/ ح٢٠٥٨) وإسناده صحيح.

(16) تقدم برقم (٥) فى أول كتاب «العدد».

الحال الثالث: ظهرت الريبة بعد قضاء العدة وقبل النكاح ففيه وجهان: **أحدهما**: لا يحل لها أن تتزوج وإن تزوجت فالنكاح باطل لأنها تتزوج مع الشك فى انقضاء العدة فلم يصح كما لو وجدت الـريبة فى العدة؛ ولأنـنا لو صححنـا النكاح لوقع موقـوفًا ولا يجوز كـون النكاح موقوفًا، ولهذا لو أسلم وتخلفت امرأته فى الشرك لم يجـز أن يتزوج أختها لأن نكاحها يكون موقوفًا على إسلام الأولى، **والثـانى**: يحل لها النكاح ويصح لأننا حكمنا بانقضاء العدة وحل النكاح وسقـوط النفقة والسكنى، فـلا يجوز زوال ما حكم به بالشـك الطارئ ولهذا لا ينقض الحاكم ما حكم به بتغير اجتهاده ورجوع الشهود.

فـصـل: وإذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها أخرجت بالقـرعة وعليها العدة دون غيرها وتحسب عدتها من حـين طلق لا من حين القرعة، وإن طلق واحدة بعينها وأنسيها، ففى قول أصحابنا الحكم فيها كذلك والصحيح أنه يحرم عليه الجميع، فإن مات فعلى الجميع الاعتداد بأقصى الأجلين من عدة الطلاق والوفاة، لأن النكاح كان ثابتًا بيقين، وكل واحدة منهن يجوز

فـصل: الرابع: اللائى يئسن من المحيض واللائى لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر إن كن حرائر وإن كن إماء فشهران، وعنه: ثلاثة أشـهر، وعنه: شهر ونصف، أجمع أهل العلم على أن عدة الحرة الآيسة والصغيرة التى لم تحض ثلاثة أشهر لقول الله تعالى: ﴿**وَاللاَّئِى يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِى لَمْ يَحِضْنَ**﴾ (الطلاق ٤) فإن كان الطلاق فى أول الشهر اعتبر ثلاثة أشهر بالأهلة لقول الله تعالى: ﴿**يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ**﴾ (البقرة: ١٨٩) وقال سبحانه: ﴿**إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِندَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِى كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ**﴾ (التوبة: ٣٦) ولم يختلف الناس فى أن الأشهر الحرم معتـبرة بالأهلة، وإن وقع الطلاق فى أثناء شهـر اعتدت بقيـته ثم اعتدت شـهرين بالأهلة ثم اعتدت من الشهـر الثالث تمام ثلاثين يومًا، وهذا مذهب مالك والشافـعى، وقال أبو حنيفة: تحسب بقية الأول، وتعـتد من الرابع بقدر ما فاتها من الأول تامًا كـان أو ناقصًا، لأنه لو كان من أول الهلال كـانت العدة بالأهلة، فـإذا كان من بعض الشـهر وجب قـضاء مـا فات منه، وخرج أصحابنا وجهًـا ثانيًا: أن جميع الشهور محسوبة بالـعدد، وهو قول ابن بنت الشافعى، لأنه إذا حسب الأول بالعدد كان ابتداء الثانى من نصف الشهر، وكذلك الثالث.

ولنا: أن الشـهر يقع على مـا بين الهلاليـن وعلى الثلاثين، ولذلك إذا غم الشـهر كـمل ثلاثين، والأصل الهلال فإذا أمكن اعـتبار الهلال اعتبـر، وإذا تعذر رجع إلى العدد، وفى هذا انفصال عما ذكر لأبى حنيفة وأما التـخريج الذى ذكر لأصحابنا فإنه لا يلزم إتمام الشهر الأول من الثانى ويجوز أن يكون تمامه من الرابع.

فـصل: وتحسب العدة من الساعة التى فارقـها زوجها فيها، فلو فارقها نصف النهار أو نصف الليل اعتـدت من ذلك الوقت إلى مثله فى قول أكـثر أهل العلم، وقال ابن حـامد: لا

أن تكون هى المطلقـة وأن تكون زوجة فوجب أقـصى الأجلين وإن كان الطلاق بائنًا ليـسقط الفرض بيـقين كـمن نسى صلاة من يوم لا يعلم عـينها لزمه أن يصلى خـمس صلوات، لكن ابتداء القـرء من حين طلق وابتداء عدة الوفـاة من حين الموت، وهذا مذهب الشـافعى، وإن طلق الجميع ثلاثًا بعد ذلك فعليهن كلهن تكميل عدة الطلاق من حين طلقهن ثلاثًا، وإن طلق ثلاثًا وأنسيهن فهو كما لو طلق واحدة.

١٣٥٠- مسألة: قال: **(ولو مات عنها وهو حر أو عبـد قبل الدخول أو بعده انقضت عدتها لتمام أربعة أشهر وعشر إن كانت حرة ولتمام شهرين وخمسة أيام إن كانت أمة)**.

أجمع أهل العلم على أن عدة الحرة المسلمة غير ذات الحمل من وفاة زوجها أربعة أشهر وعشر مدخولاً بها أو غير مدخول بها سـواء كانت كبيرة بالغة أو صغيرة لم تبلغ، وذلك لقوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا**﴾ (البقرة: ٢٣٤)

تحتسب بالساعات وإنما يحتسب بأول الليل والنهـار، فإذا طلقها نهارًا احتسبت من أول الليل الذى يليه، وإن طلقها ليـلاً احتسبت من أول النهار الذى يليه، وهذا قـول مالك، لأن حساب الساعات يشق فسقط اعتباره.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿**فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ**﴾ فلا تجوز الزيادة عليها بغير دليل، وحساب الساعات مـمكن إما يقينًا وإما استظهـارًا فلا وجه لزيادة على ما أوجبـه الله تعالى، واختلفت الرواية فى عدة الأمة فأكثر الروايات عنه أنها شهران وهو الذى ذكره الخرقى، رواه عنه جماعة من أصحابـه واحتج فيه بقول عـمر ﷺ عدة أم الولد حيـضتان ولو لم تحض كانـت عدتها شهرين، رواه الأثرم عنه بإسناده(17) وهذا قول عطاء والزهرى وإسحاق وأحد أقوال الشافعى، لأن الأشهر بدل من القروء وعدة ذات القروء قرءان فبدلهـا شهران، ولأنها معتدة بالشهور من غير الوفاة فكان عددها كعدد القروء ولو كانت ذات قروء كالحرة.

والرواية الثانية: أن عدتها شهر ونصف، نقلها الميمونى والأثرم، واختارها أبو بكر، وهذا قول على ﷺ، وروى ذلك عن ابن عمـر وابن المسيب وسالم والشعبى والـثورى وأصحاب الرأى، وهو قول ثان للشـافعى، لأن عـدة الأمة نصف عدة الحـرة، وعدة الحرة ثلاثة أشـهر فنصفها شهر ونصف، وإنمـا كملنا لذات الحيض حيضتين لتعذر تبعـيض الحيضة، فإذا صرنا إلى الشهور أمكن التنصيف فـوجب المصير إليه كما فى عدة الوفاة، ويصـير هذا كالمحرم إذا وجب عليه فى جزاء الصيد نصف مد مكيل أخرجـه، فإن أراد الصيام مكانه صام يومًا كاملاً، ولأنها عدة أمكن تنصيفها فكانت على النصف من عدة الحرة كعدة الوفاة.

والثـالـثـة: أن عليها ثلاثة أشـهر، روى ذلك عن الحسن ومجاهد وعمر بـن عبد العزيز ويحيى الأنصارى وربيعة ومالك، وهو القول الثـالث للشافعى لعموم قوله تعالى: ﴿**فَعِـدَّتُهُنَّ**

---

(17) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٢٥).

وقال النبى ﷺ : «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخـر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا» متفق عليه (٣٠).

فـإن قـيل: ألا حملتم الآية على المدخول بهـا كما قلتم فى قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَـاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة: ٢٢٨) قلنا: إنما خصصنا هذه بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ (الأحـــزاب: ٤٩) ولم يرد تخصيص عدة الـوفاة ولا أمكن قياسها على المطلقـة فى التخصيص لوجهـين: أحدهما: أن النكاح عقـد عُمْرٍ فإذا مـات انتهى والشىء إذا انتهى تقـررت أحكامه كتقرر أحكام الصيام بدخول الليل وأحكام الإجـارة بانقضائها والعدة من أحكامه، والثانى: أن المطلقة إذا أتت بولد يمكن الزوج تكذيبها ونفيه باللعان، وهذا ممتنع فى حق الميت فلا يؤمن أن تأتى بولد فيلحق المـيت نسبه وما له من ينفـيه فاحتطنا بإيجـاب العدة عليها لحـفظها عن التصرف والمبيت فى غير منزلها حفظًا لها.

إذا ثبت هذا فإنه لا يعتـبر وجود الحيض فى عدة الوفاة فى قـول عامة أهل العلم وحكى عن مالك أنهـا إذا كانت مدخولاً بهـا وجب أربعة أشهر وعـشر فيهـا حيضة، واتبـاع الكتاب والسنة أولى، ولأنه لو اعتبـر الحيض فى حقهـا لاعتبر ثلاثة قروء كـالمطلقة، وهذا الخلاف يختص بذات القرء، فأمـا الآيسة والصغيرة فلا خـلاف فيها، وأما الأمة المتـوفى عنها زوجها

ثَلاثَةُ أَشْـهُرٍ﴾ ولأن اعتبار الشهور ههنا للعلم ببـراءة رحمها ولا يحصل هذا بدون ثلاثة أشهر فى الحرة والأمة جـميعًا، لأن الحمل يكون نطفـة أربعين يومًا، وعلقة أربعين يومًـا ثم يصير مضغة ثم يتحرك ويعلو بطن المرأة فيظهر الحمل، وهذا معنى لا يختلف بالرق والحرية، ومن رد هذه الرواية، قال: هى مـخالفة لإجـماع الصحـابة، لأنهم اختلفوا علـى القولين الأولين، ومتى اخـتلف الصحـابة على قولين لم يجـز إحداث قول ثـالث، لأنه يفضى إلى تخطئـتهم وخروج الحق عن قول جميعهم، ولا يجوز ذلك، ولأنهـا معتدة بغير الحمل فكانت دون عدة الحرة كذات القروء المتوفى عنها زوجها.

17- مسألة: (وعدة أم الولد عدة الأمة، لأنها أمة مملوكة وعدة المعتق بعضها بالحساب من عدة حرة وأمة أما إذا اعتدت بالحمل أو بالقروء فعدتها كعدة الحرة).

لأن عدة الحامل لا تختلف بالرق والحرية، وعدة الأمة بالقروء قرءان فأدنى ما يكون فيها من الحرية يوجب قرءًا ثالثًا، لأنه لا يتبعض، وإن كانت عدتهـا بالشهور للوفاة، وكان نصفها حرّا اعتدت بثلاثة شهور وثمانية أيام، وإذا كان نصفها حرّا فعدتها ثلاثة أرباع عدة الحرة، فإن قلنا: عدة الأمة شهران فعدتها شهران ونصف، وإن قلنا: شهر ونصف، فعدتها شهران وسبعة أيام ونصف، وإن قلنا: عدتها ثلاثة أشهر فهى كالحرة.

---

(٣٠) تقدم برقم (١) فى أول كتاب «العدد».

فعدتها شهران وخمسة أيام في قول عامة أهل العلم منهم: سعيد بن المسيب وعطاء وسليمان بن يسار والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وغيرهم إلا ابن سيرين فإنه قال: ما أرى عدة الأمة إلا كعدة الحرة إلا أن تكون قد مضت في ذلك سنَّة فإن السنة أحق أن تتبع وأخذ بظاهر النص وعمومه ولنا اتفاق الصحابة ﷺ على أن عدة الأمة المطلقة على النصف من عدة الحرة فكذلك عدة الوفاة.

فصل: والعشر المعتبرة في العدة هي عشر ليال بأيامها، فتجب عشرة أيام مع الليالي وبهذا قال مالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وأصحاب الرأي، وقال الأوزاعي: يجب عشر ليال وتسعة أيام لأن العشر تستعمل في الليالي دون الأيام وإنما دخلت الأيام اللاتي في أثناء الليالي تبعًا.

قلنا: العرب تغلب اسم التأنيث في العدد خاصة على المذكر فتطلق لفظ الليالي وتريد الليالي بأيامها كما قال الله تعالى لزكريا: ﴿آيَتُكَ أَلاَّ تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلاثَ لَيَالٍ سَوِيًّا﴾ (مريم: ١٠) يريد أيامها بدليل أنه قال في موضع آخر ﴿آيَتُكَ أَلاَّ تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ إِلاَّ رَمْزًا﴾ (آل عمران: ٤١) يريد بلياليها، ولو نذر اعتكاف العشر الأخير من رمضان لزمه الليالي والأيام، ويقول القائل: سرنا عشرًا يريد الليالي بأيامها، فلم يجز نقلها عن العدة إلى الإباحة بالشك.

18- مسألة: (وحد الإياس خمسون سنة، وعنه: أن ذلك حده في نساء العجم وحده في نساء العرب ستون سنة) اختلف عن أحمد في السن الذي تصير به المرأة من الآيسات فعنه أوله أوله خمسون سنة، لأن عائشة ﵂ قالت: لن ترى المرأة في بطنها ولدًا بعد خمسين سنة، وعنه: إن كانت من نساء العجم فخمسون سنة، وإن كانت من نساء العرب فستون، لأنهن أقوى جبلة وطبيعة، وقد ذكر الزبير بن بكار في كتاب النسب: أن هند ابنة أبي عبيدة ابن عبد الله بن زمعة ولدت موسى بن عبد الله بن حسن بن حسن بن علي بن أبي طالب ولها ستون سنة، وقال: يقال: إنه لن تلد بعد خمسين سنة إلا عربية، ولا تلد لستين إلا قرشية، وللشافعي قولان: **أحدهما:** يعتبر السن الذي يتيقن أنها إذا بلغته لم تحض، قال بعضهم: هو اثنان وستون سنة، **والثاني:** يعتبر السن الذي ييئس فيه نساء عشيرتها، لأن الظاهر أن نشأها كنشئهن وطبعها كطبعهن، وقال شيخنا: الصحيح إن شاء الله أنه متى بلغت المرأة خمسين سنة فانقطع حيضها عن عادتها مرات لغير سبب فقد صارت آيسة، لأن وجود الحيض في حق هذه نادر بدليل قول عائشة وقلة وجوده، فإذا انضم إلى هذا انقطاعه عن العادات مرات حصل اليأس من وجوده، فلها حينئذ أن تعتد بالأشهر، وإن انقطع قبل ذلك فحكمها حكم من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه على ما نذكره إن شاء الله تعالى، وإن رأت الدم بعد الخمسين على العادة التي كانت تراه فيها فهو حيض في الصحيح، لأن دليل الحيض الوجود في زمن الإمكان، وهذا يمكن وجود الحيض فيه، وإن كان نادرًا، وإن رأته بعد الستين فقد تيقن أنه

فــصـــل: وإذا مات زوج الرجعية استأنفت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً بلا خلاف، وقال ابن المنذر (٣١): أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك، وذلك لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وينالها ميراثه فاعتدت للوفاة كغير المطلقة، وإن مات مطلق البائن فى عدتها بنت على عدة الطلاق إلا أن يطلقها فى مرض موته فإنها تعتد أطول الأجلين من عدة الوفاة أو ثلاثة قروء، نص على هذا أحمد وبه قال الثورى وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن، وقال مالك والشافعى وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر: تبنى على عدة الطلاق لأنه مات وليست زوجة له لأنها بائن من النكاح فلا تكون منكوحة.

ولنا: أنها وارثة له فيجب عليها عدة الوفاة الرجعية، وتلزمها عدة الطلاق لما ذكروا فى دليلهم وإن مات المريض المطلق بعد انقضاء عدتها بالحيض أو بالشهور أو بوضع الحمل أو كان طلاقه قبل الدخول فليس عليها عدة لموته، وقال القاضى: عليهن عدة الوفاة إذا قلنا: يرثنه لأنهن يرثنه بالزوجية فتجب عليهن عدة الوفاة كما لو مات بعد الدخول وقبل قضاء العدة، ورواه أبو طالب عن أحمد فى التى انقضت عدتها، وذكر ابن أبى موسى فيها روايتين، والصحيح أنها لا عدة عليها لأن الله تعالى قال: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ (الأحزاب: ٤٩) وقال: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة: ٢٢٨) وقال: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ (الطلاق: ٤) فلا يجوز تخصيص هذه النصوص بالتحكم ولأنها أجنبية

ليس بحيض فعند ذلك لا تعتد به وتعتد بالأشهر كالتى لا ترى دمًا، وأما أقل سن تحيض له المرأة فقد ذكرناه فى باب الحيض وذكرنا دليله فإن رأته قبل ذلك اعتدت بالأشهر، وإن رأته بعد ذلك فالمعتبر من ذلك ما تكرر ثلاث مرات فى حال الصحة، وإن لم يوجد ذلك لم تعتد به.

19- **مسألة:** **(وإن حاضت الصغيرة فى عدتها انتقلت إلى القروء ويلزمها إكمالها).**

وجملة ذلك: أن الصغيرة التى لم تحض إذا اعتدت بالشهور فحاضت قبل انقضاء عدتها ولو بساعة لزمها استئناف العدة بالأقراء فى قول عامة فقهاء الأمصار، منهم سعيد بن المسيب والحسن ومجاهد وقتادة والشعبى والنخعى والزهرى والثورى ومالك والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأى وأهل المدينة وأهل البصرة، وذلك لأن الشهور بدل عن الحيض، فإذا وجد المبدل بطل حكم البدل كالتيمم مع الماء، ويلزمها أن تعتد بثلاث حيض إن قلنا: القروء الأطهار فهل تعتد بما مضى من الطهر قبل الحيض قرءًا؟ فيه وجهان: **أحدهما:** تعتد به، لأنه طهر انتقلت منه إلى حيض فأشبه الطهر بين الحيضتين، **والثانى:** لا تعتد به، وهو ظاهر كلام الشافعى، لأن القرء هو الطهر بين الحيضتين، وهذا لم يتقدمه حيض فأما إن حاضت بعد

---

(٣١) انظر الإجماع (ص٩٦).

تحل للأزواج ويحل للمطلق نكاح أختها أو أربع سواها فلم تجب عليها عدة لموته كما لو تزوجت، وتخالف التى مات فى عدتها فإنها لا تحل لغيره فى هذه الحال ولم تنقض عدتها ولا نسلم أنها ترثه فإنها لو ورثته لأفضى إلى أن يرث الرجل ثمانى زوجات، فأما إن تزوجت إحدى هؤلاء فلا عدة عليها بغير خلاف نعلمه ولا ترثه أيضًا وإن كانت المطلقة البائن لا ترث كالأمة أو الحرة يطلقها العبد أو الذمية يطلقها المسلم والمختلعة أو فاعلة ما يفسخ نكاحها لم تلزمها عدة سواء مات زوجها فى عدتها أو بعدها على قياس قول أصحابنا فهم عللوا نقلها إلى عدة الوفاة بإرثها وهذه ليست وارثة فأشبهت المطلقة فى الصحة، وأما المطلقة فى الصحة إذا كانت بائنًا فمات زوجها فإنها تبنى على عدة الطلاق ولا تعتد للوفاة وهذا قول مالك والشافعى وأبى عبيد وأبى ثور وابن المنذر، وقال الثورى وأبو حنيفة: عليها أطول الأجلين كما لو طلقها فى مرض موته.

انقضاء عدتها بالشهور ولو بلحظة لم يلزمها استئناف العدة، لأنه حدث بعد انقضاء العدة فأشبه ما لو حدث بعد طول الفصل، ولا يمكن منع هذا الأصل، لأنه لو صح منعه لم يحصل للصغيرة الاعتداد بالشهور بحال.

20- مسألة: **(وإن يئست ذات القروء فى عدتها انتقلت إلى عدة الآيسات ثلاثة أشهر)**.

لأن العدة لا تلفق من جنسين، وقد تعذر إتمامها بالحيض، فوجب تكميلها بالأشهر، لأنها عجزت عن الأصل فانتقلت إلى البدل، كمن عجز عن الماء ينتقل إلى التراب.

فإن ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم ما مضى، وبان لنا أن ما رأته من الدم لم يكن حيضًا، لأن الحامل لا تحيض ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل فولدت لأقل من ستة أشهر منذ انقضت الحيضة الثالثة تبينا أن الدم ليس بحيض، لأنها كانت حاملاً، والحامل لا تحيض فأما إن حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل يمكن حدوثه بعد العدة بأن تلد لستة أشهر منذ انقضت عدتها لم يلحق الزوج وحكما بصحة الاعتداد وكان هذا الولد حادثًا.

21- مسألة: **(وإن عتقت الأمة الرجعية فى عدتها بنت على عدة حرة، وإن كانت بائنًا بنت على عدة أمة)** هذا قول الحسن والشعبى والضحاك وإسحاق وأصحاب الرأى، وهو أحد أقوال الشافعى، والقول الثانى: تكمل عدة أمة سواء كانت بائنًا أو رجعية، وهو قول مالك وأبى ثور، لأن الحرية طرأت بعد وجوب العدة عليها فلا يغير حكمها كما لو كانت بائنًا أو كما لو طرأت بعد وجوب الاستبراء، ولأنه معنى يختلف بالرق والحرية فكان الاعتبار بحالة الوجوب كالحد، وقال عطاء والزهرى وقتادة: تبنى على عدة حرة بكل حال، وهو القول الثالث للشافعى، لأن سبب العدة الكاملة إذا وجد فى أثناء العدة انتقلت إليها، وإن كانت بائنًا كما لو اعتدت بالشهور ثم حاضت.

ولنا: أنها إذا أعتقت وهى رجعية فقد وجدت الحرية، وهى زوجة تعتد عدة الوفاة لو

ولنا: قوله سبحانه: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة: ٢٢٨) ولأنها أجنبية منه فى نكاحه وميـراثه والحل له ووقوع طلاقه وظهاره وتحل له أختها وأربـع سواها فلم تعتد لوفاته كما له انقضت عدتها، وذكر القاضى فى الـمطلقة فى المرض أنها إذا كانت حاملاً تعتد أطول الأجلين، وليس هذا بشىء لأن وضع الحـمل تنقضى به كل عـدة، ولا يجوز أن يجب عليها الاعتداد بغير الحمل على ما نذكره فى المسألة التى تلى هذا إن شاء الله تعالى.

١٣٥١- مسألة: قال: **(ولو طلقها أو مات عنهـا وهى حامل منه لم تنقض عدتها إلا بوضع الحمل أمة كانت أو حرة).**

أجمع أهل العلم فى جميع الأعصار على أن المطلقة الحامل تنقضى عدتها بوضع حملها وكذلك كل مفارقة فى الحـياة، وأجمعوا أيضًا على أن المتوفى عنها زوجـها إذا كانت حاملاً أجلها وضع حملها إلا ابن عباس، وروى عن على من وجـه منقطع أنها تعتد بأقصى الأجلين وقاله أبو السنابل بن بعكك فى حياة النبى ﷺ فرد عليه النبى ﷺ قوله، وقد روى عن ابن عباس أنه رجع إلى قول الجماعة لما بلغه حديث سبيعة، وكره الحسن والشعبى أن تنكح

مات، فوجب أن تعـتد عدة الحرائر كـما لو أعتقت قبل الطلاق، وإن أعـتقت وهى بائن فلم توجد الحرية فى الزوجية فلم تجب عليها عدة الحرائر كما لو عتقت بعد مضى القرأين، ولأن الرجعـية تنتقل إلى عدة الوفـاة، لو مات فتنتقـل إلى عدة الحرائر، والبائن لا تنتـقل إلى عدة الوفاة فلا تنتـقل إلى عدة الحرائر كما لو انـقضت عدتها، وما ذكره مـالك يبطل بما إذا مات زوج الرجعـية، فـإنها تنتـقل إلى عدة الوفـاة والفرق بيـن ما نحن فـيه وبين مـا إذا حاضت الصغيرة، أن الشهور بدل عن الحيض، فإذا وجد المبدل زال حكم البدل كالمتيمم يجد الماء، وليس كذلك ههنا، فـإن عدة الأمة ليست ببـدل، ولذلك تبنى الأمة على ما مضى مـن عدتها اتفاقًا، وإذا حاضت الصغيرة استأنفت العدة فافترقا، وتخالف الاستبراء، فإن الحرية لو قاربت سبب وجوبه لم يكمل، ألا ترى أن أم الولد إذا مـات سيدها عتقت لموته ووجـب الاستبراء، كما يجب على التى لم تعتق، ولأن الاستبراء لا يختلف بالرق والحرية بخلاف مسألتنا.

فـصل: إذا عتقت الأمة تحت العبد فاختـارت نفسها اعتدت عدة الحرة، لأنها بانت من زوجها وهـى حرة، وروى الحسن أن النبى ﷺ أمر بريرة أن تعـتد عدة الحرة، وإن طلـقها العبد طلاقًا رجـعيًا فأعتقهـا سيدها بنت على عدة حرة سواء فـسخت أو أقامت على النكاح، لأنها عتقت فى عدة رجعـية، وإن لم يفسخ فراجعها فى عدتها فلها الخيار بـعد رجعتها، فإن اختـارت الفسخ قـبل المسيس فـهل تستـأنف العدة أو تبنى على مـا مضى من عـدتها؟ على وجهين: فإن قلنا: تستأنف، فإنها تستأنف عدة حرة، وإن قلنا: تبنى بنت على عدة حرة.

فصل: (الخامس من ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه تعتد سنة: تسعة أشهر للحمل وثلاثة للعدة).

فى دمها، ويحكى عن حماد وإسحاق أن عدتها لا تنقضى حتى تطهر وأبى سائر أهل العلم هذا القول، وقالوا: لو وضعت بعد ساعة من وفاة زوجها حل لها أن تتزوج ولكن لا يطؤها زوجها حتى تطهر من نفاسها وتغتسل وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٤) وروى عن أبى بن كعب قال: قلت للنبىّ ﷺ: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ للمطلقة ثلاثًا أو للمتوفى عنها؟ قال: «هى للمطلقة ثلاثًا وللمتوفى عنها»(٣٢) وقال ابن مسعود: من شاء باهلته أو لاعنته أن الآية التى فى سورة النساء القصرى(٣٣): ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ نزلت بعد التى فى سورة البقرة: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا﴾(٣٤) (البقرة: ٢٣٤) يعنى أن هذه الآية هى الأخيرة فتقدم على ما خالفها من عموم الآيات المتقدمة ويخص بها عمومها.

وجملة ذلك: أن الرجل إذا طلق زوجته وهى من ذوات الأقراء فلم تر الحيض فى عادتها، ولم تدر ما رفعه، فإنها تعتد سنة تسعة أشهر منها تتربص فها لتعلم براءة رحمها لأن هذه غالب مدة الحمل، فإذا لم يبن الحمل فيها علم براءة الرحم ظاهرًا، فتعتد بعد ذلك عدة الآيسات ثلاثة أشهر، هذا قول عمر ﷺ، قال الشافعى: هذا قضاه عمر بين المهاجرين والأنصار لا ينكره منهم منكر علمناه، وبه قال مالك والشافعى فى أحد قوله، وروى ذلك عن الحسن، وقال الشافعى فى قول آخر: تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد بثلاثة أشهر، لأن هذه المدة هى التى تتيقن بها براءة رحمها فوجب اعتبارها احتياطًا، وحكى شيخنا مثل ذلك فى المذهب، وقال الشافعى فى الجديد: تكون فى عدة أبدًا حتى تحيض أو تبلغ سن الإياس فتعتد حينئذ بثلاثة أشهر، وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وطاوس والشعبى والنخعى والزهرى والثورى وأبى عبيد وأهل العراق، ولأن الاعتداد بالأشهر جعل بعد الإياس فلم يجز قبله، وهذه ليست آيسة، ولأنها ترجو عود الدم فلم تعتد بالشهور كما لو تباعد حيضها لعارض.

ولنا: الإجماع الذى ذكرناه حكاه الشافعى، ولأن الغرض بالاعتداد معرفة براءة رحمها، وهذا يحصل به براءة رحمها فاكتفى به، ولهذا اكتفى فى حق ذات القروء بثلاثة قروء وفى حق

---

(٣٢) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٥/ ١١٦) وفيه المثنى بن الصباح وهو ضعيف، وأخرجه الدارقطنى (٤/ ٣٩) من طريق المثنى بن الصباح وهو ضعيف، وذكره ابن حجر فى الفتح (٨/ ٥٢٢) وقال: وهذا المرفوع وإن كان لا يخلو شىء من أسانيده عن مقال لكن كثرة طرقه تشعر بأن له أصلاً.

(٣٣) أخرجه البخارى (٨/ ٤٩١٠) فتح عن عبد الله بلفظ: أتجعلون عليها التغليظ ولا تجعلون عليها الرخصة لنزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ وذكره ابن حجر بلفظه (٨/ ٥٢٤).

(٣٤) انظر تفسير القرطبى (٣/ ١٧٥).

وروى عبد الله بن الأرقم: «أن سبيعة الأسلمية أخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة وتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل فلم تنشب أن وضعت حملها بعد وفاته فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك فقال: ما لي أراك متجملة لعلك ترجين النكاح؟ إنك والله ما أنت بناكح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر، قالت سبيعة: فلما قال لي ذلك جمعت عليّ ثيابي حين أمسيت فأتيت رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك فأفتاني بأني قد حللت حين وضعت حملي فأمرني بالتزويج إن بدا لي» متفق عليه(٣٥)، وقال ابن عبد البر هذا حديث صحيح قد جاء من وجوه شتى كلها ثابتة إلا ما روى عن ابن عباس وروى عن علي من وجه منقطع، ولأنها معتدة حامل فتنقضي عدتها بوضعه كالمطلقة يحققه أن العدة إنما شرعت لمعرفة براءتها من الحمل ووضعه أدل الأشياء على البراءة منه فوجب أن تنقضي العدة، ولأنه لا خلاف في بقاء العدة ببقاء الحمل فوجب أن تنقضي به كما في حق المطلقة.

فصل: وإذا كان الحمل واحداً انقضت العدة بوضعه وانفصال جميعه، وإن ظهر بعضه فهي في عدتها حتى ينفصل باقيه لأنها لا تكون واضعة لحملها ما لم يخرج كله، وإن كان الحمل اثنين أو أكثر لم تنقض عدتها إلا بوضع الآخر لأن الحمل هو الجميع، هذا قول جماعة أهل العلم إلا أبا قلابة وعكرمة فإنهما قالا: تنقضي عدتها بوضع الأول ولا تتزوج حتى تضع الآخر.

الآيسة بثلاثة أشهر، ولو روعي اليقين لاعتبر أقصى مدة الحمل، ولأن عليها في تطويل العدة ضرراً، فإنها تمنع من الأزواج، وتحبس دائماً، ويتضرر الزوج بإيجاب السكنى والنفقة عليه، وقد قال ابن عباس: لا تطولوا عليها الشقة كفاها تسعة أشهر، **فإن قيل**: فإذا مضت تسعة أشهر فقد علم براءة رحمها ظاهراً فلم اعتبرتم بثلاثة أشهر بعدها؟ **قلنا**: الاعتداد بالقروء والأشهر إنما يكون عند عدم الحمل، وقد تجب العدة مع العلم ببراءة رحمها بدليل ما لو علق طلاقها بوضع الحمل فوضعته وقع الطلاق ولزمها العدة.

22- مسألة: (وإن كانت أمة اعتدت أحد عشر شهراً: تسعة أشهر للحمل وشهرين للعدة).

وهذا مبنى على أن الحرة تعتد بتسعة أشهر للحمل وثلاثة للعدة على ما ذكرنا في المسألة قبلها، وأن عدة الأمة شهران، لأن مدة الحمل تتساوى فيها الحرة والأمة لكونه أمراً حقيقيّاً، فإذا يئست من الحمل اعتدت عدة آيسة شهرين، وعلى قولنا: إن عدة الأمة شهر ونصف تكون عدتها عشرة أشهر ونصفاً، ومن جعل عدتها ثلاثة أشهر فهي كالحرة سواء.

---

(٣٥) أخرجه البخاري في كتاب «المغازي» معلقًا (٧/ ح٣٩٩١/ فتح) ووصله مختصرًا في كتاب «الطلاق» (٩/ ح٥٣١٩/ فتح) ومسلم في كتاب «الطلاق» (٢/ ٥٦/ ١١٢٢) وأبو داود في «سننه» (٢/ ح٢٣٠٦).

وذكر ابن أبى شيبة عن قتادة عن عكرمة أنه قال: إذا وضعت أحدهما فقد انقضت عدتها، قيل له: فتتزوج؟ قال: لا، قال قتادة خصم العبد[٣٦]، وهذا قول شاذ يخالف ظاهر الكتاب وقول أهل العلم والمعنى فإن العدة شرعت لمعرفة البراءة من الحمل فإذا علم وجود الحمل فقد تيقن وجود الموجب للعدة وانتفت البراءة الموجبة لانقضائها ولأنها لو انقضت عدتها بوضع الأول لأبيح لها النكاح كما لو وضعت الآخر، فإن وضعت ولدًا وشكت فى وجود ثان لم تنقض عدتها حتى تزول الريبة وتتيقن أنها لم يبق معها حمل لأن الأصل بقاؤها فلا يزول بالشك.

فصل: فإن عاد الحيض إليها فى السنة ولو فى آخرها أو عاد إلى الأمة قبل انقضاء عدتها على ما فيها من الاختلاف لزمها الانتقال إلى القروء، لأنها الأصل فبطل بها حكم البدل، وإن عاد بعد مضيها ونكاحها لم تعد إلى القروء، لأن عدتها انقضت وحكمنا بصحة نكاحها فلم تبطل كما لو اعتدت الصغيرة بثلاثة أشهر وتزوجت ثم حاضت، وإن حاضت بعد السنة وقبل نكاحها ففيه وجهان: **أحدهما**: لا تعود، لأن العدة انقضت بالشهور فلم تعتد كالصغيرة، **والثانى**: تعود، لأنها من ذوات القروء، وقد قدرت على المبدل قبل تعلق حق زوج بها فلزمها العود كما لو حاضت فى السنة.

فصل: فإن حاضت حيضة ثم ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه فهى كالمسألة التى قبلها تعتد سنة من وقت انقطاع الحيض، وذلك لما روى عن عمر ﷺ: أنه قال فى رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين فارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه: تجلس تسعة أشهر، فإن لم يتبين بها حمل تعتد بثلاثة أشهر فذلك سنة، ولا نعلم له مخالفًا، قال ابن المنذر: قضى به عمر بين المهاجرين والأنصار لا ينكره منكر، وقال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسئل عن الرجل يطلق امرأته فتحيض حيضة ثم ترتفع حيضتها؟ قال: أذهب إلى حديث عمر إذا رفعت حيضتها فلم تدر مما ارتفعت، فإنها تنتظر سنة، قيل له: فحاضت دون السنة؟ فقال: ترجع إلى الحيض، قيل له: فإن ارتفعت حيضتها لا تدرى مما ارتفعت؟ قال: تقعد سنة أخرى وهذا قول كل من وافقنا فى المسألة قبلها، وذلك لأنها لما ارتفعت حيضتها حصلت مرتابة فوجب أن تنتقل إلى الاعتداد بسنة كما لو ارتفع حيضها حين طلقها ووجب عليها سنة كاملة، لأن العدة لا تنبنى على عدة أخرى، ولذلك لو حاضت حيضة أو حيضتين ثم يئست انتقلت إلى ثلاثة أشهر كاملة، ولو اعتدت الصغيرة شهرًا أو شهرين ثم حاضت انتقلت إلى ثلاثة قروء.

فصل: فإن كانت عادة المرأة أن يتباعد ما بين حيضتيها لم تنقض عدتها إلا بثلاث

---

(٣٦) أخرجه بن أبى شيبة فى «مصنفه» من كتاب «الطلاق» باب من قال: إذا وضعت أحدهما فقد حلت (٤/ ٣/ ١٢٧).

١٣٥٢- مسألة: قال: **(والحمل الذى تنقضى به العدة ما يتبين فيه شىء من خلق الإنسان حرة كانت أو أمة).**

وجملة ذلك أن المرأة إذا ألقت بعد فرقة زوجها شيئًا لم يخل من خمسة أحوال: **أحدها:** أن تضع ما بان فيه خلق الآدمى من الرأس واليد والرجل فهذا تنقضى به العدة بلا خلاف بينهم، قال ابن المنذر(٣٧): أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن عدة المرأة تنقضى بالسقط إذا علم أنه ولد، وممن نحفظ عنه ذلك الحسن وابن سيرين وشريح والشعبى والنخعى والزهرى والثورى ومالك والشافعى وأحمد وإسحاق، قال الأثرم: قلت لأبى عبد الله: إذا نُكس فى الخلق الرابع؟ يعنى تنقضى به العدة؟ فقال إذا نُكس فى الخلق الرابع فليس فيه اختلاف ولكن إذا تبين خلقه هذا أدل وذلك لأنه إذا بان فيه شىء من خلق الآدمى علم أنه حمل فيدخل فى عموم قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٤).

الحال الثانى: ألقت نطفة أو دمًا لا تدرى هل هو ما يخلق منه الآدمى أو لا، فهذا لا يتعلق به شىء من الأحكام لأنه لم يثبت أنه ولد لا بالمشاهدة ولا بالبينة.

الحال الثالث: ألقت مضغة لم تبن فيها الخلقة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية بان بها أنها خلقة آدمى فهذا فى حكم الحال الأول، لأنه قد تبين بشهادة أهل المعرفة أنه ولد.

الحال الرابع: إذا ألقت مضغة لا صورة فيها فشهد ثقات من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمى فاختلف عن أحمد، فنقل أبو طالب أن عدتها لا تنقضى به ولا تصير به أم ولد لأنه لم يبن فيه خلق آدمى فأشبه الدم وقد ذكر هذا قولاً للشافعى وهو اختيار أبى بكر، ونقل الأثرم عن أحمد أن عدتها لا تنقضى به ولكن تصير أم ولد لأنه مشكوك فى كونه ولدًا فلم يحكم بانقضاء العدة المتيقنة بأمر مشكوك فيه، ولم يجز بيع الأمة الوالدة له مع الشك فى رقها فيثبت كونها أم ولد احتياطًا ولا تنقضى العدة احتياطًا، ونقل حنبل أنها تصير أم ولد ولم يذكر العدة فقال بعض أصحابنا: على هذا تنقضى به العدة وهو قول الحسن وظاهر مذهب الشافعى لأنهم

حيضات، وإن طالت، لأن هذه لم يرتفع حيضها ولم يتأخر عن عادتها فهى من ذوات القروء باقية على عادتها فأشبهت من لم يتباعد حيضها ولا نعلم فيه مخالفًا.

23- مسألة: (وعدة الجارية التى أدركت فلم تحض والمستحاضة اليائسة ثلاثة أشهر، وعنه: سنة).

إذا بلغت الجارية سنًا تحيض فيه النساء فى الغالب فلم تحض كخمس عشرة سنة فعدتها ثلاثة أشهر، وهو ظاهر قول الخرقى وقول أبى بكر، وهو مذهب أبى حنيفة ومالك والشافعى، وضعف أبو بكر الرواية المخالفة لهذا وقال: رواه أبو طالب فخالف فيها أصحابه، فروى أبو طالب عن أحمد: أنها تعتد سنة، قال القاضى: هذه الرواية أصح، لأنه متى أتى

---

(٣٧) انظر الإجماع لابن المنذر (ص٩٥/ ٤٤٧).

شهــدوا بأنه خلقة آدمى أشــبه ما لو تصــور، والصحيح أن هذا ليس بروايــة فى العدة لأنه لم يذكرها ولم يتعرض لها.

الحال الـخامس: أن تضع مضغة لا صورة فيها ولم تشـهد القوابل بأنها مبتدأ خلق آدمى فهذا لا تنقـضى به عدة ولا تصير به أم ولد لأنه لم يثبت كونه ولدًا ببينة ولا مشاهدة فـأشبه العلقة فلا تنقـضى العدة بوضع ما قبل المضـغة بحال سواء كان نطفة أو علقـة وسواء قيل إنه مبتدأ خلق آدمى أو لم يقل، نص عليه أحمد فـقال: أما إذا كان علقة فليس بشىء إنما هى دم لا تنقضى به عدة ولا تعـتق به أمة، ولا نعلم مخالفًا فى هذا إلا الحـسن، فإنه قال: إذا علم أنها حمل انقضت به العدة وفيه الغرة، والأول أصح وعليه الجمهور، وأقل ما تنقضى به العدة من الحـمل أن تضعـه بعد ثمـانين يومًـا منذ أمكنه وطؤها لأن النبـى ﷺ قـال: «إن خلق أحدكم ليجمع فى بطن أمة فيكون نطفة أربعـين يومًا ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مــثل ذلك»(٣٨) ولا تنقضى العدة بما دون المـضغة فوجب أن تكون بعد الثمـانين فأما بعد الأربعة أشهر فليس فيه إشكال لأنه منكس فى الخلق الرابع.

فـصــل: **وأقل مدة الحمل ستة أشهر**، لما روى الأثرم بإسناده عن أبـى الأسود أنه رفع إلى عمر أن امرأة ولدت لستة أشهر فهم عـمر برجمها فقال له على: ليس لك ذلك، قال الله

عليها زمان الحيض فلم تحض حصلت مرتابة يجوز أن يكون بها حمل منع حيضها فيجب أن تعتد بسنة كالتى ارتفع حيضها بعد وجوده.

ولنا: قـوله تعـالى: ﴿وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ (الطلاق: ٤) وهذه من اللائى لم يحضن، ولأن الاعتبار بحال المعتدة لا بحال غـيرها، ولهذا لو حـاضت قبل بلوغ سن تحيض لـمثله من النساء فى الغــالب مثل أن تحيض لعشر سنين اعتدت بالحيض، وفارق من ارتفع حيضها، فإنها من ذوات القروء.

24- مـسألة: (وهكذا حكم المستحاضة الناسية).

وجـملة ذلك: القول فى المستحاضة وهى لا تخلو إما أن تكون لها حيض محكوم بعادة أو تمييز أو لا، فإن كان لهــا محكوم به فحكمها فيه حكم غير المســتحاضة إذا مرت لها ثلاثة قروء فقد انقضت عدتها، قال أحمد: المستحاضة تعتد أيام أقرائها التي تعرف، فإن علمت أن لها فى كل شهر حـيضة ولم تعلم موضعها فعـدتها ثلاثة أشهر، وإن شكت فى شىء تربصت حتى تستيقن أن القروء الثلاث قد انقضت، وإن كانت مبتدأة لا تمييز لها أو ناسية لا تعرف لها وقتًا ولا تمييزًا فعن أحمد فيها روايتان:

---

(٣٨) أخرجــه البخارى فى «كتــاب بدء الخلق» (٦/ ح٣٢٠٨) ومسلم فى كتــاب «العدد» (٤/ ١/ ٢٠٣٦) وأبو داود فى سننه (٤/ ح٤٧٠٨) والترمـذى فى كتاب «العدد» (٤/ ح٢١٣٧) وأحمـد فى «مسنده» (١/ ٣٨٢، ٤٣٠) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (١/ ١٣٨).

تعـالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ (البقرة: ٢٣٣) وقال تعـالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾ (الأحقاف: ١٥) فحولان وستة أشهر ثلاثون شهرًا لا رجم عليها، فخلَّى، عمر سبيلها وولدت مرة أخرى لذلك الحد(٣٩)، ورواه الأثرم أيضًا عن عكرمة أن ابن عباس قال ذلك: قال عاصم الأحـول: فقلت لعكرمة: إنا بلغنا أن عليًا قال هذا فـقال عكرمة: لا ما قال هذا إلا ابن عبـاس وذكر ابن قتيبـة فى المعارف(٤٠) أن عبـد الملك بن مروان ولد لستة أشهر، وهذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى وغيرهم.

١٣٥٣- مسألة: قال: **(ولو طلقها أو مات عنها فلم تنكح حتى أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين لحقه الولد وانقضت عدتها به).**

ظاهر المذهب أن أقـصى مدة الحـمل أربع سنين، وبه قال الشافـعى وهو المشـهور عن مالك، وروى عن أحمـد أن أقصى مدته سنتان، وروى ذلك عن عائشـة وهو ومذهب الثورى

إحداهـما: أن عدتها ثلاثة أشهر، وهو قول عكرمة وأبى عبيد لأن النبى ﷺ أمر حمنة بنت جحش أن تجلس فى كل شهر سـتة أيام أو سبعة(18) فجعل لها حيـضة كل شهر، ولأننا نحكم لها بحيضة فى كل شـهر تترك فيها الصلاة والصيام، ونثبت فـيها سائر أحكام الحيض، فيجب أن تنقضى بها العدة، لأن ذلك من أحكام الحيض.

والرواية الثـانيـة: تعتد سنة بـمنزلة من ارتفع حيضها مـا رفعه، قال أحـمد: إذا كانت اختلطت ولم تعلم إقبال الدم وإدباره اعتدت سنة لحـديث عمر، لأن به يتبـين الحمل، وهو قول مالك وإسحاق، لأنـها لم تتيقن لها حيضًا مع أنهـا من ذوات القروء، فكانت عدتها سنة كالتى ارتفع حيضـها، وعلى الرواية الأولى ينبغى أن يقال: إننا متى حكمنا بأن حيضـها سبعة أيام من كل شهر فـمضى لها شهران بالهلال وسـبعة أيام من أول الثالث فقد انقـضت عدتها، وإن قلنا: القروء الأطهـار فطلقها فى آخـر شهر ثم مضى لـها شهران، وهل الثـالث انقضت عدتها، وهذا مذهب الشافعى.

25- مسـألة: **(فأما التى عـرفت ما رفع الحيض من مرض ورضـاع ونحوه فلا تزال فى عدة حتى يعود الحيض فتعتد به).**

أما إذا عـرفت ارتفاع الحـيض بعارض من مـرض أو نفاس أو رضـاع فإنهـا تنتظر زوال العارض وعـود الدم وإن طال إلا أن تصيـر فى سن الإياس، وقد ذكـرناه فتـعتـد حينئـذ عدة الآيسات، وقـد روى الشافـعى فى مسنده بإسناده عـن حبان بن منقـذ: أنه طلق امرأته طـلقة

---

(٣٩) أخرجـه البيـهقى فى «السنن الـكبرى» (٧/ ٤٤٢) وعبـد الرزاق فى «مصـنفه» (٧/ ٣٥٠/ ١٣٤٤٤) وسعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ٦٦/ ٢٠٧٤) عن الحسن به.

(٤٠) انظر المعارف (٥٩٥) وفيه عبد الله بن مروان وهو خطأ.

(18) أخرجه ابن ماجه فى «الطهارة» (١/ ح٦٢٧) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٣٨١، ٣٨٢).

وأبـى حنيفة لما روت جميلة بنت سعـد عن عائشة لا تزيد المرأة على السنتين فى الحمل(٤١) ولأن التقدير إنما يعلم بتوقيف أو اتفاق ولا توقيف ههنا ولا اتفاق إنما هو على ما ذكرنا، وقد وجد ذلك فإن الضحـاك بن مزاحم وهرم بن حيان(٤٢) حملت أم كل واحد منهما به سنتين، وقال الليث: أقـصاه ثلاث سنين حملت مولاة لعـمر بن عبد الله ثلاث سنين، وقـال عباد بن العوام: خمس سنين، وعن الزهرى قال: قد تحـمل المرأة ست سنين وسبع سنين، وقال أبو عبيد: ليس لأقصاه وقت يوقف عليه.

ولنا: أن ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الوجـود وقد وجد الحمل لأربع سنين فروى الوليد ابن مسلم قال: قلت لمالك بن أنس: حديث جمـيلة بنت سعد عن عائشة لا تزيد المرأة على السنتين فى الحمل، قال مالك: سبحان الله من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنـين قبل أن تلد(٤٣)، وقال الشافعى: بقى محـمد بن عجلان فى بطن أمه أربع سنين(٤٤) وقال أحمد: نساء بنى عجلان يحملن أربع سنين وامرأة عجلان حملت ثلاث بطون كل دفعة أربع سنين وبقى محمد بن عـبد الله بن الحسن بن الحسن بن على فى بطن أمه أربع سنين، وهكذا إبراهيم بن نجـيح العقيلى حكى ذلك أبو الخطاب وإذا تقـرر وجوده وجب أن يحكم به ولا يزاد عليه لأنه مـا وجد، ولأن عمر ضـرب لامرأة المفـقود أربع سنين ولم يكن

واحدة، وكان لها منه بنية ترضعها فتباعد حيضها ومرض حبان فقيل له: إنك إن مت ورثتك، فمـضى إلى عثمان، وعنده علـى وزيد بن ثابت فسأله عن ذلك فـقال عثمـان لعلى وزيد: ما تريان؟ فقال: نرى أنها إن ماتت ورثها، وإن مات ورثته، لأنها ليست من القواعد اللائى يئسن من المحيض ولا من الأبكار اللائى لـم يبلغن المحيض، فرجع حبـان إلى أهله فانتزع البنت منها، فعاد إليها الحيض، فـحاضت حيضتين، ومات حبان قبل انقضاء الثـالثة، فورثها عثمان رضي الله عنه(19).

وروى الأثرم بإسناده عن محمـد بن يحيى بن حبان: أنه كانت عند جده امـرأتان هاشمية

---

(٤١) أخرجـه البيهـقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٤٣) وسـعيد بن منـصور فى «سننه» (٢/ ٦٧/ ٢٠٧٧) وجميلة بنت سعد، قال ابن حزم: مـجهولة، وقال الذهبى فى «الميزان» (٤/ ٦٠٤): وما علمت فى النساء من اتهمت ولا من تركوها.

(٤٢) أخرجـه ابن سعـد فى «الطبقـات» (٦/ ٣٠٠) من طريق جويبـر عن الضحاك قـال: ولدتنى أمى فى سنتين، يعنى: حمله سنتين.

وأما هرم بن حبـان العبدى ويقال: الأزدى البـصرى أحد العابدين قال الذهـبى فى «السير» (٤/ ٤٨) قيل سمى هرمًا، لأنه بقى حملاً سنتين حتى طلعت أسنانه.

(٤٣) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٤٣).

(٤٤) ذكره الذهبى فى «سير أعلام النبلاء» (٦/ ٣١٨، ٣١٩).

(19) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤١٩).

ذلك إلا لأنه غاية الحمل، وروى ذلك عن عثمان وعلى وغيرهما، إذا ثبت هذا فإن المرأة إذا ولدت لأربع سنين فـما دون من يوم موت الزوج أو طلاقـه ولم تكن تزوجت ولا وطئت ولا انقضت عدتها بالقروء ولا بوضع الحمل فإن الولد لاحق بالزوج وعدتها منقضية به.

فـصـل: وإن أتت بالولد لأربع سنين منذ مـات أو بانت منه بطلاق أو فسخ أو انقـضاء عدتها إن كـانت رجعية لم يلحـقه ولدها، لأننا نعلم أنها علقت به بعـد زوال النكاح والبينونة منه وكونها قد صارت منه أجنبية فأشبهت سائر الأجنبيات، ومفهوم كلام الخرقى أن عدتها لا تنقضى به لأنه لا ينتفى عنه بغـير لعان فلم تنقض عدتها منه بوضعـه كما لو أتت به لأقل من ستة أشهر منذ نكحها، قال أبو الخطاب: هل تنقضى به العدة؟ على وجهين.

وذكر القاضى أن عدتها تنقضـى به وهو مذهب الشافعى لأنه ولد يمكن أن يكون منه بعد نكاحه بأن يكون قد وطئها بشبهة أو جدد نكاحها فوجب أن تنقضى به العدة، وإن لم يلحق به كالولد المنفى بـاللعان وبهذا فارق الـذى أتت به لأقل من ستة أشـهر فإنه ينتفـى عنه يقينًا ثم ناقضوا قولهم فقالوا: لو تزوجت فى عدتها وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين دخل بها الثانى ولأكثـر من أربع سنين من حين بانت من الأول فالولد منتف عنهما ولا تنقـضى عدتها بوضعه عن واحد مـنهما وهذا أصح فإن احتمال كـونه منه لم يكف فى إثبات نسب الولد منه

وأنصارية فطلق الأنصارية وهى مرضع فمـرت بها سنة ثم هلك ولم تحض فقالت الأنصارية: لم أحض، فاختصموا إلى عثمان فقضى لها بالميراث فلامت الهاشمية عثمان فقال: هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا، يعنى: على بن أبى طالب رضي الله عنه[20].

فـصل: (السادس: امرأة المفقود الذى انقطع خبره لغـيبة ظاهرها الهلاك كالذى يفقد من بين أهله أو فى مفازة مـهلكة أو بين الصفين إذا قتل قـوم أو من غرق مركبه ونحـو ذلك، فإنها تتربص أربع سنين ثم تعتد للوفاة).

وجملة ذلك: أنه إذا غاب الرجل عن امرأته لم يخل من حالين:

أحـدهـمـا: أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك كـالذى يفقد من بين أهله ليلا ونهارًا أو يخرج إلى الصلاة فلا يـرجع أو يمضى إلى مكان قريب ليقـضى حاجة ويرجع فلا يظهـر له خبر أو يفقد بين الصـفين أو من انكسر مركبـه فيغرق بعض رفقتـه أو يفقد فى مهلكة كبـرية الحجاز ونحوها، فمذهب أحـمد الظاهر عنه: أن زوجته تتربص أربع سنين أكثر مـدة الحمل ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشـرًا وتحل للأزواج، قال الأثرم: قيل لأبى عبد الله: تذهب إلى حديث عمر قال: هو أحـسنها يروى عن عمر من ثمانية وجوه ثم قال: زعـموا أن عمر رجع عن هذا هؤلاء الكذابين، قلت: فـروى من وجه ضـعيف أن عمـر قال بخـلاف هذا، قال: لا إلا أن يكون إنسان يكذب، وقلت له مرة: إن إنسانًا قال لى: إن أبا عبد الله قد ترك قوله فى المفقود

---

(20) أخرجه مالك فى «الموطأ» (٢/ ٤٣/ ٥٧٢).

مع أنه يثبت بمجرد الإمكان فلأن لا يكفى فى انقضـاء العدة أولى وأحرى، وما ذكروه منتقض بما سلموه وما ذكـروه من الفرق بين هذا وبين الذى أتت به لأقل من ستة أشهر غـير صحيح فإنه يحتمل أن يكون أصابها قبل نكاحهـا بشبهة أو بنكاح غير هذا النكاح الذى أتت بالولد فيه فاستويا.

وأما المنفى باللعان فإنا نفينا الولد عن الزوج بالنسبة إليه ونفينا حكمه فى كونه منه بالنسبة إليها حتى أوجبنا الحد على قاذفها وقاذف ولدها وانقضاء عدتها من الأحكام المتعلقة بها دونه فثبت.

فـصـل: وإن أقرت المرأة بانقضاء عدتها بالقروء ثـم أتت بولد لستة أشهر فصاعداً من بعد انقضائهـا لم يلحق نسبه بالزوج، وبه قال أبو حنيفة وابن سـريج، وقال مالك والشافعى: يلحق به ما لم تتزوج أو يبلغ أربع سنين، وكلام الخرقى يحتمل ذلك فإنه أطلق قوله: إذا أتت بولد بعد طلاقه أو مـوته بأربع سنين لحقه الولد، وذلك لأنه ولد يمكن كـونه منه وليس معه من هو أولى منه ولا من يساويه، فوجب أن يلحق به كما لو أتت به بعد عقد النكاح.

ولنا: أنها أتت به بعد الحكم بقضاء عدتها وحل النكاح لها بمدة الحلم فلم يلحق به كما لو أتت به بعد انقضاء عدتها بوضع حملها لمدة الحمل وإنما يعتبر الإمكان مع بقاء النكاح أو آثاره وقد زال ذلك، وإن انقـضت عدتهـا بالشهور ثم أتت بولد لدون أربع سـنين لحقه نسـبه لأنها إن كانت تدعى الإياس تبـينّا كذبها فإن من تحمل ليـست بآيسة وإن كانت من اللائى لم يحضن أو متوفى عنها لحقه ولدها لأنه لم يوجد فى حقها ما ينافى كونها حاملاً.

بعدك فضحك ثم قال: من ترك هذا القول أى شىء يقول؟ وهذا قول عمر وعثمان وعلى وابن عباس وابن الزبير قال أحمد: خمسـة من أصحاب النبى ﷺ، وبه قال عطاء وعمر بن عبد العزيز والحسن والزهرى وقتادة والليث وعلى بن المـدينى وعبد العزيز بن أبى سلمة وبه يقول مالك والشافعى فى القديم إلا أن مالكًا قـال: ليس فى انتظار من يفقد فى القتال وقت، وقال سعيد ابن المسيب فى امرأة المفقود بين الصفين: تتربص سنة، لأن غلبة هلاكه هـهنا أكثر من غلبة غيـره لوجود سببـه، وقد نقل عن أحمد أنه قـال: كنت أقول إذا تربصت أربع سنين ثم اعتدت أربعة أشهر وعشراً تزوجت وقد ارتبت فيهـا وهِبْتُ الجواب فيها لما اختلف الناس فيها فكأنى أحب السلامـة، وهذا توقف يحتمل الرجوع عـما قاله وتتربص أبدًا، ويحـتمل التورع ويكون المذهب مـا قاله أولاً، قال القـاضى: أكثر أصـحابنا على أن المـذهب رواية واحدة، وعندى: أن المسألة على روايتين، وقال أبو بكر: الذى أقول به إن صح الاختلاف فى المسألة أن لا نحكم بحكم ثان إلا بدليل على الانتقـال، وإن ثبت الإجماع فالحكم فـيه على ما نص عليه، وظاهر المذهب على مـا حكيناه أولاً، نقله عن أحمد الجماعة، وقـد أنكر أحمد رواية من روى عنه الرجوع، على ما حكيناه من رواية الأثرم، وقال أبو قلابة والنخعى والثورى وابن

فـصـل: وإذا مات الصغير الذى لا يولد لمثله عن زوجته فأتت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض العدة بوضعه (وتعتد بالأشهر)[٤٥] وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: إن مات وبها حمل ظاهر اعتدت عنه بالوضع فإن ظهر الحمل بها بعد موته لم تعتد به.

وقد روى عن أحمد فى الصبى مثل قول أبى حنيفة وذكره ابن أبى موسى قال أبو الخطاب: وفيه بعد، وهكذا الخلاف فيما إذا تزوج بامرأة ودخل بها وأتت بولد لدون ستة أشهر من حين عقد النكاح فإنها لا تعتد بوضعه عندنا، وعنده تعتد به واحتج بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٤).

ولنا: أن هذا حمل منفى عنه يقينًا فلم تعتد بوضعه كما لو ظهر بعد موته والآية واردة فى المطلقات ثم هى مخصوصة بالقياس الذى ذكرناه.

إذا ثبت هذا فإن عدتها تنقضى بوضع الحمل من الوطء الذى علقت به منه سواء كان هذا الولد ملحقًا بغير الصغير مثل أن يكون من عقد فاسد أو وطء شبهة أو كان من زنا لا يلحق بأحد لأن العدة تجب من كل وطء فإذا وضعته اعتدت من الصبى بأربعة أشهر وعشر لأن العدتين من رجلين لا يتداخلان، وإن كانت الفرقة فى الحياة بعد الدخول كزوجة كبير دخل بها ثم طلقها وأتت بولد لدون ستة أشهر منذ تزوجها فإنها تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء وكذلك إذا طلق الخصى المجبوب امرأته أو مات عنها فأتت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض عدتها

أبى ليلى وأصحاب الرأى والشافعى فى الجديد: لا تتزوج امرأة المفقود حتى تتيقن موته أو فراقه لما روى المغيرة أن النبى ﷺ قال: : «امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها زوجها»[21] وروى الحكم وحماد عن على: لا تتزوج امرأة المفقود حتى يأتى موته أو طلاقه[22]، ولأنه شك فى زوال الزوجية، فلم تثبت به الفرقة كما لو كان ظاهرها السلامة.

ولنا: ما روى الأثرم والجوزجانى بإسنادهما عن عبيد بن عمير قال: فقد رجل فى عهد عمر فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له فقال: انطلقى فتربصى أربع سنين، ففعلت ثم أتته فقال: انطلقى فاعتدى أربعة أشهر وعشرًا، ففعلت ثم أتته فقال: أين ولى هذا الرجل؟ فجاء وليه فقال: طلقها، ففعل، فقال لها عمر: انطلقى فتزوجى من شئت، فتزوجت ثم جاء زوجها الأول فقال له عمر: أين كنت؟ فقال: يا أمير المؤمنين استهوتنى الشياطين، قال: فوالله ما أدرى فى أى أرض الله، كنت عند قوم يستعبدوننى حتى غزاهم قوم مسلمون فكنت فيمن غنموه فقالوا لى: أنت رجل من الإنس وهؤلاء الجن فما لك وما لهم؟ فأخبرتهم خبرى فقالوا: بأية أرض الله تحب أن تصبح؟ قلت: المدينة هى أرضى فأصبحت وأنا أنظر إلى

---

(٤٥) أثبتناه من نسخة: «هـ».

(21) أخرجه الدارقطنى فى «سننه» (٣/ ٣١٢) وإسناده ضعيف.

(22) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٤٦).

بوضعــه وتنقضى به عــدة الوطء ثم تستـأنف عدة الطلاق أو عــدة الوفاة على ما بـيناه، وذكر القاضى أن ظاهر كـلام أحمد أن الولد يلحق بــه لأنه قد يتصور مــنه الإنزال بأن يحك موضع ذكره بفرجها فينزل فعلى هذا القول يلحق به الولد وتنقضى به العدة والصحيح أن هذا لا يلحق به ولد لأنه لم تجر به عادة فلا يلحق به ولدها كـالصبـى الذى لم يبلغ عشر سنين، ولو تزوج امرأة فى مجلس الحـاكم ثم طلقها فى المجلس أو تزوج المشرقى بالمـغربية ثم أتت بولد لا يمكن أن يكون منه بعد اجتماعهما بمدة الحمل فإنه لا يلحقه نسبه ولا تنقضى العدة بوضعه.

١٣٥٤- **مسألة:** قـال: (**ولو طلقها أو مات عنهـا فلم تنقض عدتها حتى تزوجت من أصابها فرق بينهما وبنت على ما مضى من عدة الأول ثم استقبلت العدة من الثانى**).

وجملـة الأمر: أن المعتدة لا يجوز لها أن تنكح فى عدتهـا إجماعًا، أى عدة كانت لقول الله تعـالى: ﴿**وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ**﴾ (البقرة: ٢٣٥) ولأن العدة إنـما اعتبـرت لمعرفـة براءة الرحم لئلا يفضى إلى اختـلاط المياه وامتـزاج الأنساب، وإن تزوجت فالنكاح باطل لأنهــا ممنوعة من النكاح لحق الزوج الأول فكان نكاحًا باطـلاً كما لو تزوجت وهى فى نكاحه ويجب أن يفرق بينه وبينها، فإن لم يدخل بها فالعدة بحالها ولا تنقطع بالعقد الثانى لأنه باطل لا تصير به المرأة فراشًا ولا يستحق عليه بالعقد شىء وتسقط سكناها ونفقتها عن الزوج الأول لأنها ناشز، وإن وطئها انقطعت العدة سواء علم التحريم أو جهله، وقال أبو

الحرة فخيره عمر إن شاء امرأته وإن شاء الصداق فاختار الصداق وقال: قد حبلت لا حاجة لى فيها(23)، قال أحمد: يروى عن عمر من ثمانية وجوه ولم يعرف فى الصحابة له مخالف.

وروى الجوزجانى وغيره بإسنادهم عن على فى امرأة المـفقود تعتد أربع سنين ثم يطلقها ولى زوجها وتعتد بعـد ذلك أربعة أشهر وعشرًا، فإن جاء زوجها المفـقود بعد ذلك خير بين الصداق وبين امرأته، وقضى به عثمان أيضًا، وقضى به ابن الزبير فى مولاة لهم، وهذه قضايا انتشرت فى الصحابة فلم تنكر فكانت إجـماعًا، فأما الحديث الذى رووه عن النبى ﷺ فلم يثبت ولم يذكره أصحاب السنن، وما رووه عن على فيرويه الحكم وحماد مرسلاً والمسند عنه مثل قـولنا، ثم يحمل ما رووه على المـفقود الذى ظاهر غيـبته الســلامة جمعًـا بينه وبين ما رويناه، وقـولهم: إنه شك فى زوال الزوجيـة، ممنوع، فـإن الشك مـا يتسـاوى فيــه الأمران والظاهر فى مسألتنا الهلاك.

فصل: وهل يعتبر أن يطلقها ولى زوجها ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة قروء؟ فيه روايتان:

إحداهـما: يعتبر ذلك، لأنه فى حديث عمر الذى رويناه، وقد قال أحمد: هو أحسنها، وذكر فى حديث على أنه يطلقــها ولى زوجها، **والثانـية:** لا يعتبر، كـذلك قاله ابن عمر وابن عبـاس وهو القياس، فإن ولى الرجـل لا ولاية له فى طلاق امرأته، ولأننا حكمنا عليهـا بعدة

---

(23) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٤٥، ٤٤٦).

حنيفة: لا تنقطع لأن كونها فراشًا لغير من له العدة لا يمنعها كما لو وطئت بشبهة وهى زوجة فإنها تعتد، وإن كـانت فراشًا للزوج، وقال القاضى: إن وطئها عالمًا بأنها مـعتدة وأنها تحرم فهو زان فـلا تنقطع العدة بوطئه لأنها لا تـصير به فراشًا ولا يلحق به نـسب، وإن كان جاهلا أنها مـعتدة أو بالتحـريم انقطعت العدة بالوطء لأنهـا تصير به فـراشًا، والعدة تراد للاستـبراء وكونها فراشًا ينافى ذلك، فوجب أن يقطعها، فأما طريانه عليها فلا يجوز.

ولنا: أن هذا وطء بشبهة نـكاح فتنقطع به العدة كما لو جهل، وقولـهم: إنها لا تصير به فراشًا قلنا لكنه لا يلحق نسب الولد الحادث من وطئه بالزوج الأول فهما شيئان، إذا ثبت هذا فعليه فراقها فإن لم يفعَلَ وجب التفريق بينهما فإن فارقها أو فُرق بينهما وجب عليها أن تكمل عدة الأول لأن حقـه أسبق وعدته وجـبت عن وطء فى نكاح صحيح فإذا أكـملت عدة الأول وجب عليها أن تعتد من الثاني ولا تتداخل العدتان لأنهما من رجلين وهذا مذهب الشافعى.

وقال أبو حنيفة: يتداخلان فتأتى بثلاثة قـروء بعد مفارقة الثانى تكون عن بقية عدة الأول وعدة الثانى لأن القصد معرفة براءة الرحم وهذا تحصل به براءة الرحـم منهما جميعًا.

ولنا: ما روى مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن الـمسيب وسليمان بن يسار «أن طليحة كانت تحت رشيد الثـقفى فطلقها ونكحها غـيره فى عدتها فضربهـا عمر بن الخطاب وضرب

الوفاة فلا يجب عليـها مع ذلك عدة الطلاق كما لو تيقنت وفاتـه، ولأنه قد وجد دليل هلاكه على وجه أباح التزويج لها وأوجب عليها عدة الوفاة فأشبه ما لو شهد به شاهدان.

26- مـسألة: **(وهل تفتقر إلى رفع الأمر إلى الحاكم ليحكم بضرب المدة وعدة الوفاة؟ على روايتين):**

إحداهما: تفتقر، لأنها مدة مختلف فيها فافتقر إلى ضرب الحاكم كمدة العنة، فعلى هذا يكون ابتداء المدة من آن ضربها الحاكم.

والثانـية: لا تفتقر، لأنها مدة تعتبر لإبـاحة النكاح فلم تفتقر إلى الحاكم كمدة من ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه فـيكون ابتداء المدة من حين انقطع خبره وبعد أثره، ولأن هذا ظاهر فى موته، فكان ابتداء المدة منه كما لو شهد به شاهدان، وللشافعية وجهان كالروايتين.

27- مــسـألة: **(وإذا حكم الحاكم بالفـرقة نفذ حكمه فـى الظاهر دون الباطن فلو طلق الأول صح طلاقـه)** لأنا حكمنا بالفرقة على أن الظاهر هلاكه، فـإذا ثبتت حياته انتقض ذلك الظاهر ولم يبطل طلاقه، كمـا لو شهدت به بينة كاذبة، ولذلك خيـر فى أخذها، وكذلك إن ظاهر أو آلى أو قذف، لأن نكاحه باق بـدليل تخييره فى أخذها، وقـال أبو الخطاب: القياس إنما إذا حكمنا بالفرقـة نفذ ظاهرًا وباطنًا فتكون امرأة الثانى ولا خـيار للأول، لأنها بانت منه بفرقة الحاكم فـى محل مختلف فيه فنفذ حكـمه فى الباطن، كما لو فسخ نكاحـها لعسرته أو عيبه، فلهذا لم يقع طلاقه، وإن لم يحكم بفرقته باطنًا فهى امرأة الأول ولا خيار له.

زوجها ضربات بمخفقة وفرق بينهما ثم قال: أيما امرأة نكحت فى عدتها فإن كان زوجها الذى تزوجهـا لم يدخل بها فرق بينهـما ثم اعتدت بقـية عدتهـا من زوجها الأول وكان خـاطبًا من الخطاب، وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتـدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ولا ينكحـها أبدًا»(٤٦) وروى بإسناده عن على أنه قضى فى التى تزوج فى عـدتها: أنه يفرق بينهـما ولها الصـداق بما اسـتحل من فـرجها وتكمل مـا أفسـدت من عدة الأول وتعـتد من الآخر(٤٧)، وهذان قولا سيدين من الخلفاء لم يعرف لهما فى الصحابة مخالف، لأنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينين واليمينين، ولأنه حبس يستحقه الرجال على النساء فلم يجز أن تكون المرأة فى حبس رجلين كحبس الزوجة(٤٨).

١٣٥٥- مسألة: قال: **(وله أن ينكحها بعد انقضاء العدتين).**

يعنى للزوج الثانى أن يتزوجها بعد انقضاء العدتين، فأما الزوج الأول فإن كان طلاقه ثلاثًا لم تحل له بهذا النكاح وإن وطئ فيه لأنه نكاح باطل، وإن كان طلاقه دون الثلاث فله نكاحها أيضًا بعد العدتين، وإن كانت رجعية فله رجعتها فى عدتها منه، وعن أحمد رواية أخرى: أنها تحرم على الزوج الثـانى على التأبيد وهو قـول مالك وقديم قـولى الشافعى لقول عـمر: «لا ينكحها أبدًا» ولأنه استعجل الحق قبل وقته فحرمه فى وقته كالوارث إذا قتل مُوَرِّثة ولأنه يفسد

28- مسألة: (فإذا فعلت ذلك يعنى تربصت أربع سنين واعتدت عدة الوفاة ثم تزوجت ثم قدم زوجها الأول، فإذا كان قبل أن تتزوج فهى امرأته).

وقال بعض أصحـاب الشافعى: إذا ضربت لها المـدة فانقضت بطل نكاح الأول، والذى ذكرنا أولى، لأننا إنما أبحنـا لها التزويج، لأن الظاهر موته، فإذا بان حـيًّا انخرم ذلك الظاهر وكان النكاح بحاله، كـما لو شهدت البينة بموته فـبان حيًّا، ولأنه أحد المالكين فـأشبه مالك المال فـإن قدم بعد التـزويج وكان قبل دخول الثـانى بها، فكذلك ترد إليـه وليس على الثانى صداق، لأننا تبـينا أن النكاح باطل ولم يتصل به دخـول، قال أحمـد: أما قبل الدخـول فهى امرأته وإنما تخيـر بعد الدخول، وهذا قول عطاء والحسن وخلاس بن عمـرو والنخعى وقتادة ومالك وإسحاق، وقال الـقاضى: فيه رواية أخرى أنه يخير، أخذه من عـموم قول أحمد: إذا تزوجت امرأته فجاء خُير بين الصداق وبين امرأته، والصحيح أن عموم كلام أحمد يحمل على خصوصه فى رواية الأثرم وأنه لا يتخير إلاَّ بعد الدخول فتكون زوجة الأول رواية واحدة، لأن النكاح إنما صح فى الظاهر دون الباطن، فإذا قدم تبينا أن النكاح كان باطلاً، لأنه صادف امرأة

---

(٤٦)أخرجه مالك فى «الموطأ» (٢/ ٢٧/ ٥٣٦).

(٤٧)أخرجـه البيهقـى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٤١) وابن أبى شيـبة فى «المصنف» من كـتاب «الطلاق» باب: ما قالوا فى المرأة تزوج فى عدتها. . . (٤/ ١/ ١٢٢).

(٤٨)وفى نسخة: الزوجية.

النسب فيوقع التحريم المؤبد كاللعان، وقال الشافعي في الجديد: له نكاحها بعد انقضاء عدة الأول ولا يمنع من نكاحها في عدتها منه، ولأنه وطء يلحق به النسب فلا يمنع من نكاحها في عدتها منه كالوطء في النكاح، ولأن العدة إنما شرعت حفظًا للنسب وصيانة للماء، والنسب لاحق به ههنا، فأشبه ما لو خالعها ثم نكحها في عدتها، وهذا حسن موافق للنظر.

ولنا: على إباحتها بعد العدتين أنه لا يخلو إما أن يكون تحريمها بالعقد أو بالوطء في النكاح الفاسد أو بهما، وجميع ذلك لا يقتضي التحريم بدليل ما لو نكحها بلا ولي ووطئها، ولأنه لو زني بها لم تحرم عليه على التأبيد فهذا أولى، ولأن آيات الإباحة عامة كقول الله تعالى: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ ﴾ (النساء: ٢٤) وقوله سبحانه: ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ (المائدة: ٥) فلا يجوز تخصيصها بغير دليل، وما روى عن عمر في تحريمها فقد خالفه على فيه.

ذات زوج، فكان باطلاً كما لو شهدت بينة بموته، وتعود إلى الزوج بالعقد الأول كما لو لم تتزوج.

29- مسألة: (وإن قدم بعد دخول الثاني بها خير الأول بين أخذها فتكون امرأته بالعقد الأول وبين صداقها وتكون زوجة الثاني).

وهذا قول مالك لإجماع الصحابة عليه فروى معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا: إن جاء زوجها الأول خير بين المرأة وبين الصداق الذي ساق هو، رواه الجوزجاني والأثرم وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم، وقال عليٌّ ذلك في الحديث الذي رويناه(24) ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعًا، فعلى هذا إن أمسكها الأول فهي زوجته بالعقد الأول، والمنصوص عن أحمد: أن الثاني لا يحتاج إلى طلاق، لأن نكاحه كان باطلاً في الباطن، وقال القاضي: قياس قوله أنه يحتاج إلى طلاق، لأن هذا نكاح مختلف في صحته فكان مأمورًا بالطلاق ليقطع حكم العقد الثاني كسائر الأنكحة الفاسدة، ويجب على الأول اعتزالها حتى تقضي عدتها من الثاني، وإن لم يخترها الأول فإنها تكون مع الثاني، ولم يذكروا لها عقدًا جديدًا، قال شيخنا: والصحيح أنه يجب أن تستأنف لها عقدًا، لأننا تبينا بطلان عقده بمجيء الأول، ويحمل قول الصحابة على هذا لقيام الدليل عليه، فإن زوجة الإنسان لا تصير زوجة بمجرد تركه لها.

30- مسألة: (ويأخذ منه صداقها) أي يأخذ الزوج الأول من الزوج الثاني إذا تركها له صداقها لقضاء الصحابة بذلك.

31- مسألة: (وهل يأخذ منه صداقها الذي أعطاها أو الذي أعطاها الثاني؟ على روايتين).

---

(24) أخرجه سعيد بن منصور في «سننه» (١/ ١٣٤/ ١٣٢٦).

وروى عن عمر أنه رجع عن قوله فى التحريم إلى قول على، فإن عليًا قال: «إذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب» فقال عمر: «ردوا الجهالات إلى السنة» ورجع إلى قول على(٤٩)، وقياسهم يبطل بما إذا زنى بها فإنه قد استعجل وطأها ولا تحرم عليه على التأبيد، ووجه تحريمها عليه قبل انقضاء عدة الثانى عليه قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ (البقرة: ٢٣٥) ولأنه وطء يفسد به النسب فلم يجز النكاح فى العدة منه كوطء الأجنبى.

فصل: وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة أو فى نكاح فاسد فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطئ وغيره، والأولى حل نكاحها لمن هى معتدة منه إن كان يلحقه نسب ولدها لأن العدة لحفظ مائه وصيانة نسبه، ولا يصان ماؤه المحترم(٥٠) عن مائه المحترم ولا يحفظ نسبه عنه، ولذلك أبيح للمختلعة نكاح من خالعها، ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية لا يحل له نكاحها لأن نكاحها يفضى إلى اشتباه النسب فالواطئ كغيره فى أن الولد لا يلحق نسبه بواحد منهما.

اختلف عن أحمد فيما يرجع به فروى عنه أنه يرجع بالصداق الذى أصدقها هو، وهو اختيار أبى بكر وقول الحسن والزهرى وقتادة وعلى بن المدينى لقضاء على وعثمان أنه يخير بينها وبين الصداق الذى ساق إليها هو، ولأنه أتلف عليه المعوض فرجع عليه بالعوض كشهور الطلاق إذا رجعوا عن الشهادة، فعلى هذا إن كان لم يدفع إليها الصداق لم يرجع بشىء، وإن كان دفع بعضه رجع بما دفع، ويحتمل أن يرجع عليه بالصداق وترجع المرأة عليه بما بقى عليه من صداقها، وعن أحمد أنه يرجع عليه بالمهر الذى أصدقها الثانى، لأن الإتلاف من جهته والرجوع عليه بقيمته والبضع لا يتقوم إلاَّ على زوج أو من جرى مجراه، فيجب الرجوع عليه بالمسمى الثانى دون الأول، وهل يرجع الزوج الثانى على الزوجة بما أخذ منه؟ فيه روايتان، ذكر ذلك أبو عبد الله بن حامد: **إحداهما:** يرجع به، لأنها غرامة لزمت الزوج بسبب وطئه لها فرجع بها كالمغرور، ولأن ذلك يفضى إلى أن يلزمه مهران بوطء واحد، **والثانية:** لا يرجع، لأن الصحابة لم يقضوا بالرجوع، فإن سعيد بن المسيب روى أن عليًا وعثمان قضيا فى المرأة التى لا تدرى ما مهلك زوجها أن تتربص أربع سنين، ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرًا، ثم تتزوج إن بدا لها، فإن جاء زوجها خير إما امرأته وإما الصداق، فإن اختار الصداق فالصداق على زوجها الآخر وتثبت عنده، وإن اختار امرأته عزلت عن زوجها الآخر حتى تنقضى عدتها، وإن قدم زوجها وقد توفى زوجها الآخر ورثت واعتدت عدة المتوفى عنها زوجها وترجع إلى الأول، رواه الجوزجانى، ولأن المرأة لا تغرير منها فلم يرجع عليها بشىء كغيرها وإن قلنا يرجع عليها، فإن كان قد دفع إليها الصداق رجع

(٤٩) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٤١).
(٥٠) فى نسخة «هـ»: المحرم.

١٣٥٦- **مسألة:** قال: **(وإن أتت بولد يمكن أن يكون منهما أُرى القافة وألحق بمن ألحقوه منهما وانقضت عدتها منه واعتدت للآخر)**.

وجملته: أنها إذا كانت حاملاً انقضت عدتها منه بوضع حملها لقوله سبحانه: ﴿**وَأُوْلاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾ (الطلاق: ٤) ثم ننظر فإن كان يمكن أن يكون من الأول دون الثانى وهو أن تأتى به لدون ستة أشهر من وطء الثانى وأربع سنين فما دونها من فراق الأول فإنه يلحق بالأول وتنقضى عدتها به منه بوضعه ثم تعتد بثلاثة قروء عن الثانى، وإن أمكن كونه من الثانى دون الأول وهو أن تأتى به لستة أشهر فما زاد إلى أربع سنين من وطء الثانى ولأكثر من أربع سنين منذ بانت من الأول فهو ملصق بالثانى دون الأول فتنقضى به عدتها من الثانى ثم تتم عدة الأول وتقدم عدة الثانى هاهنا على عدة الأول لأنه لا يجوز أن يكون الحمل من إنسان والعدة من غيره، وإن أمكن أن يكون منهما وهو أن تأتى به لستة أشهر فصاعدًا من وطء الثانى ولأربع سنين فما دونها من بينونتها من الأول أرى القافة فإن ألحقته بالأول لحق به كما لو أمكن أن يكون منه دون الثانى، وإن ألحقته بالثانى لحق به وكان الحكم كما لو أمكن كونه من الثانى دون الأول، فإن أشكل أمره على القافة أو لم تكن قافة لزمها أن تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء، لأنه إن كان من الأول فقد أتت بما عليها من عدة الثانى وإن كان من

به وإن كان لم يدفعه إليها دفعه إلى الأول ولم يرجع عليها بشىء، وإن كان قد دفع بعضه رجع بما دفع، وإن قلنا: لا يرجع عليها وكان قد دفع إليها الصداق لم يرجع به، وإن لم يكن دفعه إليها لزمه دفعه، ويدفع إلى الأول صداقًا آخر.

فصل: قال شيخنا: **(والقياس أن ترد إلى الأول ولا خيار)**.

لأن زوجها لم يطلقها ولم ينفسخ نكاحه فردت إليه، كما لو تزوجت لبينة قامت بوفاته ثم تبين كذبها بقدومه إلا أن يفرق الحاكم بينهما، ونقول بوقوع الفرقة باطنًا فينفسخ نكاح الأول، لأن نكاحه انفسخ بحكم حاكم ووقوع نكاح الثانى بعد بطلان نكاح الأول وقضاء عدتها، فأشبه ما لو طلقها الأول فتكون زوجة الثانى بكل حال لذلك وعن أحمد التوقف فى أمره وقد ذكرناه فيما مضى والمذهب الأول أولى.

فصل: إذا فقدت الأمة زوجها لغيبة ظاهرها الهلاك تربصت أربع سنين ثم اعتدت للوفاة شهرين وخمسة أيام، وهذا اختيار أبى بكر، وقال القاضى: تتربص نصف تربص الحرة، ورواه أبو طالب عن أحمد وهو قول الأوزاعى والليث، لأنها مدة مضروبة للمرأة لعدم زوجها، فكانت الأمة فيه على النصف من الحرة كعدة الوفاة.

ولنا: أن الأربع السنين مضروبة لكونها أكثر مدة الحمل فى الأمة والحرة سواء فاستويا فى التربص لها كالتسعة الأشهر فى حق من ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه وكالحمل نفسه، وبهذا ينتقض قياسهم، فأما العبد فإن كانت زوجته حرة فتربصها كتربص الحرة تحت الحر، وإن

الثانى فعليها أن تكمل عدة الأول ليسقط الفرض بيـقين، فأما الولد فقال أبو بكر: يضيع نسبه لأنه لا دليل على نسبته إلى واحد منهما فأشبـه ما لو كان مجنونًا لم ينتسب إلى واحد منهما، وقال أبو عبد الله بن حامد: يترك حتى يبلغ فينتسب إلى أحدهما، وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما، ومقـتضى المذهب أن تنقضى عدتها به منهمـا جميعًا لأن نسبه ثبت منهمـا كما تنقضى عدتها به من الواحد الذى يثبت نسبه منهما، وإن نفـته القافة عنهما فحكمه حكم ما لو أشكل أمره وتعتد بعد وضعه بثلاث قروء ولا ينتفى عنهما بقول القافة لأن عمل القافة فى ترجيح أحد صاحـبى الفراش لا فى النفى عن الفـراش كله، ولهذا لو كان صـاحـب الفراش واحدًا فنفـته القافة عنه لم ينتف عنه بقولها، فأما إن ولدت لدون ستة أشهر من وطء الثانى ولأكثر من أربع سنين من فراق الأول لم يلحق بواحـد منهما ولا تنقضى به عـدتها منه لأننا نعلم أنه من وطء آخر فتنقضى به عدتها منَ ذلك الوطء ثم تتم عدة الأول وتسـتأنف عدة الثانى لأنه قد وجد ما يقتضى عدة ثالثة وهو الوطء الذى حملت منه فتجب عليها عدتان وإتمام العدة الأولى.

فـصـل: وإذا تزوج معتدة وهما عالمان بالعدة وتحريم النكاح فـيها ووطئها فهما زانيان عليهمـا حد الزنا ولا مهر لها ولا يـلحقه النسب، وإن كانا جـاهلين بالعدة أو بالتـحريم ثبت النسب وانتفى الحد ووجب المهر، وإن علم هو دونهـا فعليه الحد والمهر ولا نسب له، وإن علمت هى دونه فعليهـا الحد ولا مهر لها والنسب لاحق به، وإنمـا كان كذلك لأن هذا نكاح متفق على بطلانه فأشبه نكاح ذوات محارمه.

كانت أمـة فهى كـالأمة تحت الحـر، لأن العدة مـعتـبرة بالنسـاء دون الرجال، وكـذلك مدة التربص، وحكى عن الزهرى ومالك: أنه يضرب له نصف أجل الحرة، والأولى ما قلناه، لأنه تربص مشرع فى حق المرأة لفرقة زوجها فأشبهت العدة.

الثانى: من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كسفر التجارة فى غير مهلكة، وإباق العبد وطلب العلم والسياحة، فإن امرأته تبقى أبدًا حتى تتيقن موته، روى ذلك عن على وإليه ذهب ابن شـبرمـة وابن أبى ليلى وأبو حنـيفـة والشـافعى فى الجـديد، وروى ذلك عن أبى قـلابة والنخعى وأبى عبيد، وقال مالك والشافـعى فى القديم: تتربص أربع سنين وتعتد للوفاة أربعة أشهر وعـشرًا وتحل للأزواج، لأنه إذا جاز الفسخ لتـعذر الوطء بالعنة وتعذر النفقـة بالإعسار فلأن يجـوز ههنا لتعذر الجـميع أولى، واحتـجوا بحديث عمـر الذى ذكرناه فى المفـقود مع موافقة الصحـابة وتركهم إنكاره، ونقل أحمد بن أصرم عن أحمد إذا مـضى عليه تسعون سنة قسم ماله، وهذا يقتضى أن زوجته تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج، قال أصحابنا: إنما اعتبر تسعين سنة من يوم ولادته لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر منها، فإذا اقترن به انقطاع خبره وجب الحكم بموته كما لو كان فقده لغيبة ظاهرها الهلاك، والمذهب الأول، لأن هذه غيبة ظاهرها السلامة فلم يحكم بموته كما قـبل أربع سنين أو كما قبل التسعين، ولأن هذا التقـدير بغير توقيف فلا

فـصـــل: وإذا خالع الرجل زوجته أو فسخ نكاحه فله أن يتزوجها فى عدتها فى قول جمهور الفقهاء، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والزهرى والحسن وقتادة ومالك والشافعى وأصحاب الرأى وشذ بعض المتأخرين فقال: لا يحل له نكاحها ولا خطبتها لأنها معتدة.

ولنا: أن العدة لحفظ نسبه وصيانة مائه ولا يصان ماؤه عن مائه إذا كانا من نكاح صحيح فإذا تزوجها انقطعت العدة لأن المرأة تصير فراشًا له بعقده ولا يجوز أن تكون زوجة معتدة فإن وطئها ثم طلقها لزمتها عدة مستأنفة ولا شيء عليها من الأولى لأنها قد انقطعت وارتفعت وإن طلقها قبل أن يمسها فهل تستأنف العدة أو تبنى على ما مضى؟ قال القاضى: فيه روايتان: **إحداهما**: تستأنف وهو قول أبى حنيفة لأنه طلاق لا يخلو من عدة فأوجب عدة مستأنفة كالأول، **والثانية**: لا يلزمها استئناف عدة وهو قول الشافعى ومحمد بن الحسن لأنه طلاق فى نكاح قبل المسيس فلم يوجب عدة لعموم قوله سبحانه: ﴿**ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا**﴾ (الأحزاب: ٤٩) وذكر القاضى فى كتاب الروايتين أنه لا يلزمها استئناف العدة رواية واحدة لكن يلزمها إتمام بقية العدة الأولى لأن إسقاطها يفضى إلى اختلاط المياه لأنه يتزوج امرأة ويطؤها ويخلعها ثم يتزوجها ويطلقها فى الحال ويتزوجها الثانى فى يوم

ينبغى أن يصار إليه إلا بالتوقيف، ولأن تقدير هذا بتسعين سنة من يوم ولادته يفضى إلى اختلاف العدة فى حق المرأة ولا نظير لهذا، وخبر عمر ورد فيمن غيبته ظاهرها الهلاك، فلا يقاس عليه غيره.

فصل: فإن كانت غيبته غير منقطعة يعرف خبره ويأتى كتابه، فهذا ليس لامرأته أن تتزوج فى قول أهل العلم أجمعين ألا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله فلها أن تطلب فسخ النكاح فيفسخ نكاحه، وأجمعوا ان امرأة الأسير لا تنكح حتى يعلم يقين وفاته، وهذا قول النخعى والزهرى ويحيى الأنصارى ومكحول والشافعى وأبى عبيد وأبى ثور وإسحاق وأصحاب الرأى، وإن أبق العبد فزوجته على الزوجية حتى تعلم موته أو ردته وبه قال الأوزاعى والثورى والشافعى وإسحاق، وقال الحسن: إباقه طلاقه.

ولنا: أنه ليس بمفقود فلم ينفسخ نكاحه كالحر ومن تعذر الإنفاق من ماله على زوجته فحكمه فى الفسخ حكم ما ذكرنا إلا أن العبد نفقة زوجته على سيده أو فى كسبه فيعتبر تعذر الإنفاق في محل الوجوب.

فصل: إذا تزوج الرجل امرأة لها ولد من غيره فمات ولدها، فإن أحمد قال: يعتزل امرأته حتى تحيض حيضة، وهذا يروى عن على بن أبى طالب والحسن ابنه ونحوه عن عمر ابن الخطاب وعن الحسين بن على والصعب بن جثامة، وبه قال عطاء وعمر بن عبد العزيز والنخعى ومالك وإسحاق وأبو عبيد، قال عمر بن عبد العزيز: حتى ينظر بها حمل أو لا،

واحد، فإن خلعها حاملاً ثم تزوجها حاملاً ثم طلقها وهى حامل انقضت عدتها بوضع الحمل على كلتا الروايتين ولا نعلم فيه مخالفًا ولا تنقضى عدتها قبل وضعها بغير خلاف نعلمه، وإن وضعت حملها قبل النكاح الثانى فلا عدة عليها للطلاق من النكاح الثانى بغير خلاف أيضًا، لأنه نكحها بعد انقضاء عدة الأول، وإن وضعته بعد النكاح الثانى وقبل طلاقه فمن قال يلزمها استئناف عدة أوجب عليها الاعتداد بعد طلاق الثانى بثلاثة قروء، ومن قال لا يلزمها استئناف عدة لم يوجب عليها ههنا عدة لأن العدة الأولى انقضت بوضع الحمل إذ لا يجوز أن تعتد الحامل بغير وضعه، وإن كانت من ذوات القروء أو الشهور فنكحها الثانى بعد مضى قرء أو شهر ثم مضى قرءان أو شهران قبل طلاقه من النكاح الثانى فقد انقطعت العدة بالنكاح الثانى، فإن قلنا تستأنف العدة فعليها عدة تامة بثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر، وإن قلنا تبنى أتمت العدة الأولى بقرأين أو شهرين.

فصل: وإن طلقها طلاقًا رجعيًا ثم ارتجعها فى عدتها ووطئها ثم طلقها انقطعت العدة الأولى برجعته، لأنه زال حكم الطلاق وتستأنف عدة من الطلاق الثانى لأنه طلاق من نكاح اتصل به المسيس وإن طلقها قبل أن يمسها فهل تستأنف عدة أو تبنى على العدة الأولى؟ فيه روايتان: **أولاهما:** أنها تستأنف لأن الرجعة أزالت شعث الطلاق الأول وردتها إلى النكاح

وإنما قالوا ذلك، لأنها إن كانت حاملاً حين موته ورثه حملها، وإن حدث الحمل بعد الموت لم يرثه، وإن كان للميت ولد أو أب أو جد لم يحتج إلى استبرائها، لأن الحمل لا ميراث له، وإن كانت حاملاً فقد تبين حملها، فلم يحتج إلى استبرائها، لأن الحمل معلوم، وإن كانت آيسة لم يحتج إلى استبرائها لليأس من حملها، وإن كانت ممن يمكن حملها ولم يتبين بها حمل ولم يعتزلها زوجها فأتت بولد قبل ستة أشهر ورث، وإن أتت به بعد ستة أشهر من حين وطئها بعد موت ولدها لم يرث، لأنا لا نتيقن وجوده حال موته، وهذا يروى عن سفيان وهو قياس قول الشافعى.

32- مسألة: (ومن مات عنها زوجها أو طلقها وهو غائب فعدتها من يوم مات أو طلق وإن لم تجتنب ما تجتنبه المعتدات، وعنه إن ثبت ذلك ببينة فكذلك وإلا فعدتها من يوم بلغها الخبر).

والمشهور فى المذهب أنه متى مات عنها أو طلقها زوجها فعدتها من يوم موته وطلاقه، قال أبو بكر: لا خلاف عن أبى عبد الله علمه أن العدة تجب من حين الموت والطلاق إلا ما رواه إسحاق بن إبراهيم، وهذا قول ابن عمر وابن عباس وابن مسعود ومسروق وعطاء وجابر ابن زيد وابن سيرين ومجاهد وسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وسليمان بن يسار وأبى قلابة وأبى العالية والنخعى ونافع ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبى عبيد وأبى ثور وأصحاب الرأى، وعن أحمد: إن قامت بذلك بينة فكما ذكرنا، وإلا فعدتها من يوم يأتيها الخبر، وروى

الأول فصار الثانى طلاقًا من نكاح اتصل به المسيس، **والثانية**: تبنى لأن الرجعة لا تزيد على النكاح الجديد، ولو نكحها ثم طلقها قبل المسيس لم يلزمها لذلك الطلاق عدة فكذلك الرجعة، فإن فسخ نكاحها قبل الرجعة بخلع أو غيره احتمل أن يكون حكمه حكم الطلاق لأن موجبه فى العدة موجب الطلاق ولا فرق بينهما واحتمل أن تستأنف العدة لأنهما جنسان بخلاف الطلاق وإن لم يرتجعها بلفظه لكن وطئها فى عدتها فهل تحصل بذلك رجعة أو لا؟ فيه روايتان: **إحداهما**: تحصل به الرجعة فيكون حكمها حكم من ارتجعها بلفظه ثم وطئها سواء، **والثانية**: لا تحصل الرجعة به ويلزمها استئناف عدة لأنه وطء فى نكاح تشعث فهو كوطء الشبهة، وتدخل بقية عدة الطلاق فيها لأنهما من رجل واحد، وإن حملت من هذا الوطء فهل تدخل فيها بقية الأولى؟ على وجهين: **أحدهما**: تدخل لأنهما من رجل واحد، **والثانى**: لا تدخل لأنهما من جنسين، فعلى هذا إذا وضعت حملها أتمت عدة الطلاق، وإن وطئها وهى حامل ففى تداخل العدتين وجهان، فإن قلنا يتداخلان فانقضاؤهما معًا بوضع الحمل، وإن قلنا لا يتداخلان فانقضاء عدة الطلاق بوضع الحمل، وتستأنف عدة الوطء بالقروء.

فصل: فإن طلقها طلاقًا رجعيًا فنكحت فى عدتها من وطئها فقد ذكرنا أنها تبنى على

ذلك عن ابن المسيب وعمر بن عبد العزيز ويروى عن على والحسن وقتادة وعطاء وخلاس بن عمرو أن عدتها من يوم يأتيها الخبر، لأن العدة من اجتناب أشياء وما اجتنبتها.

ولنا: أنها لو كانت حاملاً فوضعت حملها غير عالمة بفرقة زوجها لانقضت عدتها فكذلك سائر أنواع العدد، ولأنه زمان عقيب الموت أو الطلاق فوجب أن تعتد به، كما لو كان حاضرًا، ولأن القصد غير معتبر فى العدة بدليل الصغيرة والمجنونة تنقضى عدتهما من غير قصد ولم يعدم ههنا إلا القصد، وسواء فى هذا اجتنبت ما تجتنبه المعتدات أو لم تجتنبه، فإن الإحداد الواجب ليس بشرط فى العدة فلو تركته قصدًا أو عن غير قصد لانقضت عدتها، فإن الله تعالى قال: ﴿ **يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا** ﴾ وقال: ﴿ **يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ** ﴾ وقال: ﴿ **فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ** ﴾ وقال: ﴿ **وَأُوْلاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** ﴾ وفى اشتراط الإحداد مخالفة هذه النصوص فوجب أن تشترط.

33- مسألة: (وعدة الموطوءة بشبهة عدة المطلقة وكذلك المزنى بها وعنه أنها تستبرأ بحيضة).

وبهذا قال الشافعى، لأن وطء الشبهة وفى النكاح الفاسد فى شغل الرحم ولحوق النسب كالوطء فى النكاح الصحيح، فكان مثله فيما تحصل به البراءة، وإن وطئت المزوجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل قضاء عدتها كيلا يفضى إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب، وله الاستمتاع منها بما دون الفرج فى أحد الوجهين، لأنها زوجة حرم وطؤها لعارض مختص

عدة الأول ثم تستـأنف عدة الثانى، ولزوجهـا الأول رجعتهـا فى بقية عدتها مـنه لأن الرجعة إمساك للزوجة وطريان الوطء من أجنبى على النكاح لا يمنع إمســاك زوجته كما لو كانت فى صلب النكاح، وقيل: ليس له رجـعتها لأنها محـرمة عليه فلم يصح له ارتجاعهـا كالمرتدة، والصحيح الأول فإن التـحريم لا يمنع الرجعة كالإحرام، ويفـارق الردة لأنها جارية إلى بينونة بعد الرجعة بخلاف العدة وإذا انقضت عدتها منه فـليس له رجعتها فى عدة الثانى لأنها ليست منه، وإذا ارتجعـها فى عدتهـا من نفسه وكـانت بالقروء أو بالأشـهر انقطعت عدته بالرجـعة وابتدأت عدة من الثانى ولا يحـل له وطؤها حتى تنقضى عدة الثانى كما لـو وطئت بشبهة فى صلب نكاحه، وإن كانت معـتدة بالحمل لم يمكن شروعها فى عـدة الثانى قبل وضع الحمل لأنها بالقروء فإذا وضعت حملها شرعت فى عدة الثـانى، وإن كان الحمل ملحقًا بالثانى فإنها تعتد به عن الثانى وتقـدم عدة الثانى على الأول فإذا أكملتهـا شرعت فى إتمام عدة الأول وله حينئـذ أن يرتجعـها لأنها فى عـدته، وإن أحب أن يرتجعـها فى حال حـملها فـفيه وجـهان: **أحدهمَا**: ليس له ذلك لأنها ليست فى عدته وهى محرمة عليه، فأشبهت الأجنبية أو المرتدة، **والثانى**: له رجعتها لأن عدتها منه لم تنقض، وتحريمها لا يمنع رجعتها كالمحرمة.

فـصـل: إذا تزوج رجل امرأة لها ولد من غيره فمات ولدها فإن أحمد قال: يعتزل امرأته حتى تحيض حيضة، وهذا يروى عن على بن أبى طالب والحسن ابنه ونحوه عن عـمر بن الخطاب وعن الحسين بن على والصـعب بن جثامة[٥١] وبه قال عطاء وعمر بـن عبد العزيز

بالفرج فأبيح الاستمتاع منها بما دونه كالحيض، **والثانى**: لا تحل، لأن ما حرم الوطء حرم دواعيه كالإحرام.

فـصل: وكذلك المزنى بها عدتهـا عدة الموطوءة بشبهة، وبهذا قال الحسن والنخعى، وعن أحمـد رواية أخرى أنهـا تستـبرأ بحيـضة ذكـرها ابن أبى موسى وهو قـول مالك، لأن المقصود به معرفة البراءة من الحمل فـأشبه استبراء الأمة، وروى عن أبى بكر وعمر ﵄: لا عدة عليها وهو قول الثورى والشافعى وأصحاب الرأى، لأن العدة لحفظ النسب وقد روى عن على ﵁ ما يدل على ذلك.

ولنا: أنه وطء يقتضى شغل الرحم فـوجبت العدة منه كوطء الشبهة، وأما وجـوبها كعدة المطلقة فلأنها حـرة فأشبهت الموطوءة بشبهة، وقـولهم: إنما تجب لحفظ النسب، قلنا: لو وجب لذلك لما وجب على المـلاعنة المنفى ولدها والآيسة والصغـيرة، ولما وجب استـبراء الأمة التى لا يلحق ولدها بالبائع، ولو وجب كذلك كان استبراء الأمة على البائع، ثم لو ثبت أنها وجبت فـالحاجة إليها داعـية فإن المزنى بهـا إذا تزوجت قبل الاعتداد اشتـبه ولد الزوجة بالولد من الزنا فلا يحصل حفظ النسب.

---

(٥١) هو يزيد بن قيس بن ربـيعة بن عبـد الله بن يعمر الـليثى كان ينزل وَدَّان والأبواء من أرض الحـجاز، وتوفى فى خلافة أبى بكر ﵁ (أسد الغابة ٣/ ٢٠).

والنخعى ومالك وإسحاق وأبو عبيد، قال عمـر بن عبد العزيز: لا يقربها حتى ينظر بها حمل أم لا، وإنما قالوا ذلك لأنها إن كـانت حاملاً حين موته ورثه حملهـا، وإن حدث الحمل بعد الموت لم يرثه، فـإن كان للميـت ولد أو أب أو جد لم يحتج إلى اسـتبرائهـا لأن الحمل لا ميراث له، وإن كـانت حاملاً قد تبـين حملها لم يحتج إلـى استبرائها لأن الحـمل معلوم وإن كانت آيسة لم يحتج إلى استبرائها لليـأس من حملها، وإن كانت ممن يمكن حملها ولم يبين بها حمل ولم يعتزلها زوجها فأتت بولد قـبل ستة أشهر ورث، وإن أتت به بعد ستة أشهر من حيث وطئها بعد موت ولدها لم يرث لأنَّا لا نتيـقن وجوده حال موته، وهذا يروى عن سفيان وهو قياس قول الشافعى.

فـصـل: فى أحكام المفقود:

إذا غاب الرجل عن امرأته لم يخل من حالين:

أحدهما: أن تكون غيبة غير منقطعة يعرف خبره ويأتى كتابه، فهذا ليس لامرأته أن تتزوج فى قول أهل العلم أجـمعين إلا أن يتعذر الإنفـاق عليها من ماله فلهـا أن تطلب فسخ النكاح فيفسخ نكاحه وأجمعوا على أن زوجة الأسير لا تنكح حتى تعلم يقين وفاته وهذا قول النخعى والزهرى ويحيى الأنصارى ومكحول والشافعى وأبـى عبيد وأبـى ثور وإسحاق وأصحاب الرأى وإن أبق العبـد فزوجـته على الزوجـية حتى تـعلم موته أو ردته، وبه قـال الأوزاعى والثورى والشافعى وإسحاق، وقال الحسن: إباقه طلاقه.

فصول تتعلق بالمفقود

إذا اختارت امرأة المفقود المقام والصبر حتى يتبين أمره فلها النفقة ما دام حيّا وينفق عليها من ماله، لأنها محكوم لها بالزوجية فيجب لها النفقة، كما لو علمت حياته، فإذا تبين أنه كان حيّـا وقدم فلا كلام وإن تبـين أنه مات أو فارقـها فلها النفـقة إلى يوم موته أو بينونتـها منه، ويرجع عليها بالباقى، لأننا تبينا أنها أنفقت مـال غيره، أو أنفقت من ماله وهى غير زوجة له، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم فضرب لها مدة فلها النفقة فى مدة التربص ومدة العدة، لأن مدة العدة لم يحكم فيها ببينونتها من زوجها فهى محبوسة عليه بحكم الزوجية فأشبه ما قبل العدة، وأما مدة العدة فإنها غير منتفية بخلاف عدة الوفاة، فإن موته متيقن، وما بعد العدة إن تزوجت أو فرق الحـاكم بينهما سقطـت نفقتهـا، لأنها أسقطتهـا بخروجهـا عن حكم نكاحه، وإن لم تتزوج ولا فرق الحاكم بينهمـا فنفقتها باقية، لأنها لم تخـرج من نكاحه، فإن قدم الزوج بعد ذلك وردت إليه عادت نفقتها من حـين الرد، وقد روى الأثرم والجوزجانى عن ابن عمر وابن عباس قالا: تنتظر امرأة المفقود أربع سنين، قـال ابن عمر: ينفق عليها من مال زوجها، وقال ابن عباس: إذًا يجحف ذلـك بالورثة ولكنها تستدين، فإذا جاء زوجـها أخذت من ماله، وإن

ولنا: أنه ليس بمفقـود فلم ينفسخ نكاحه كالحر ومن تعذر الإنفـاق من ماله على زوجته فحكمها فى الفسخ حكم ما ذكرنا إلا أن العبد نفقة زوجته على سيده أو فى كسبه فيعتبر تعذر الإنفاق من محل الوجوب.

الحال الثانى: أن يفقد وينقطع خبره ولا يعلم له موضع فهذا ينقسم قسمين:

أحدهـما: أن يكون ظاهر غيبته السلامة كسفـر التجارة فى غير مهلكة وإباق العبد وطلب العلم والسياحة فلا تزول الزوجية أيضًا ما لم يثبت موته، وروى ذلك عن على وإليه ذهب ابن شبرمة وابـن أبـى ليلى والثورى وأبو حنيفة والشافـعى فى الجديد، وروى ذلك عن أبـى قلابة والنخعى وأبـى عبيد، وقال مالك والشافـعى فى القديم: تتربص أربع سنين وتعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرًا وتحل للأزواج لأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالعنة وتعذر النفقة بالإعسار فلأن يجوز ههنا لتعـذر الجميع أولى، واحتـجوا بحديث عمر فى المـفقود مع موافقـة الصحابة له وتركهم إنكاره، ونقل أحـمد بن أصرم(٥٢) عن أحمد: إذا مضى عليه تـسعون سنة قسم ماله وهذا يقتضى أن زوجـته تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج، قـال أصحابنا: إنما اعتبـر تسعين سنة من يوم ولادته لأن الظاهر أنه لا يعـيش أكثـر من هذا العمـر، فإذا اقتـرن به انقطاع خـبره وجب الحكم بموته كما لو كان فقده بغيـبة ظاهرها الهلاك، والمذهب الأول، لأن هذه غيبة ظاهرها السلامة فلم يحكم بمـوته كما قبل الأربع سنين أو كمـا قبل التسعين، ولأن هذا التقـدير بغير توقيف والتقدير لا ينـبغى أن يصار إليه إلا بالتوقيف لأن تقديرها بتـسعين سنة من يوم ولادته

مات أخذت من نصيبها من الميراث، وقالا: ينفق عليها بعد فى العدة بعد أربع سنين من مال زوجها جـميعه أربـعة أشهر وعشـرًا، وإن قلنا: ليس لها أن تتزوج، لم تسـقط نفقتهـا ما لم تتزوج، فإن تزوجت سقطت نفـقتها، لأنها بالتزويج تخرج عن يديه وتصـير ناشزًا، وإن فرق بينهما فلا نفقة لها، ما دامت فى العدة، فإذا انقضت، فلم تعد إلى مسكن زوجها فلا نفقة لها أيضًا، لأنهـا باقية على النشـوز، وإن عادت إلى مسكنه احتـمل أن تعود النفقـة، لأن النشوز المسـقط لنفقتـها قد زال، ويحـتمل أنها لا تعـود، لأنها ما سلمت نفـسها إليـه، وإن عادت فتسلمها عادت نفقتها، ومتـى أنفق عليها ثم بان أن الزوج كان قد مات قبل ذلك حسب عليها ما أنفق عليها من حين مـوته من ميراثها، فإن لم يرث شيئًا فهو عليـها، لأنها أنفقت من مال الوارث ما لا تسـتحقه، فـأما نفقتـها على الزوج الثانى، فـإن قلنا: لها أن تتزوج، فنكاحـها صحيح حكمـه فى النفقة حكم الأنكحة الصحـيحة، وإن قلنا: ليس لها أن تتزوج، فـلا نفقة لها، فإن أنفق لم يرجع بشىء، لأنه متطوع إلا أن يجبـره الحاكم على ذلك فيحتمل أن يرجع

---

(٥٢) هو أحمد بن أصرم بن خزيمة بن عياد أبو العبـاس المزنى سمع من الإمام أحمد وغيره وكان بصريًا، قدم مصـر وكتب عنه وخرج عنهـا فتوفى بدمشق فى سنة خـمس وثمانين ومائتين (طبـقات الحنابلة ١/ ٢٢).

يفضى إلى اختلاف العدة فى حق المرأة باختلاف عـمر الزوج ولا نظير لهذا، وخبر عمر ورد فيمن ظاهر غيبته الهلاك فلا يقاس عليه غيره.

القسم الثانى: أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك كـالذى يفقد من بين أهله ليلاً أو نهارًا أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع أو يمضى إلى مكان قريب ليقضى حاجته ويرجع فلا يظهر له خبر أو يفقد من بيـن الصفين أو ينكسر بهم مركـب فيغرق بعض رفقـته أو يفقد فى مهـلكة كبرية الحجاز ونحوها فـمذهب أحمد الظاهر عنه أن زوجته تتربص أربع سنين أكـثر مدة الحمل ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرًا وتحل للأزواج.

قال الأثرم: قـيل لأبـى عبد الله: تذهب إلى حـديث عمر؟ قال: هو أحـسنها يروى عن عمر من ثمـانية وجوه، ثم قال: زعموا أن عـمر رجع عن هذا هؤلاء الكذابين، قلت: فروى من وجه ضعيف أن عمر قال بخلاف هذا؟ قال: لا إلا أن يكون إنسان يكذب، وقلت له مرة: إن إنسانًا قال لى، إن أبا عبـد الله قد ترك قوله فى المفقود بعـدك، فضحك ثم قال: من ترك هذا القول أى شىء يقول؟ وهذا قول عمر وعثمان وعلى وابن عباس وابن الزبير، قال أحمد: خمسة من أصحاب النبى ﷺ وبه قال عطاء وعـمر بن عبد العزيز والحسن والزهرى وقتادة والليث وعلى بن المدينى وعبد العزيز بن أبـى سلمة، وبه يقول مالك والشافعى فى القديم إلا أن مالكًا قـال: ليس فى انتظار من يفقد فى القـتال وقت، وقال سـعيد بن المسـيب فى امرأة المفقود بين الصفين: تتربص سنة لأن غلبة هلاكه ههنا أكثر من غلبة غيره لوجود سببه.

وقد نقل عن أحـمد أنه قال: كنت أقول: إذا تربـصت أربع سنين ثم اعتدت أربعة أشـهر

بها، لأنه ألزمه أداء ما لم يكن واجبًا عليـه، ويحتمل أن لا يرجع به، لأن ما حكم به الحاكم لا يجوز نقضه ما لم يخـالف كتابًا أو سنة أو إجماعًا، فإن فارقها بتفـريق الحاكم أو غيره فلا نفقه لها، إلا أن تكون حاملاً فينبنى وجـوب النفقة على الروايتين فى النفقة هل هى للحمل أو لها من أجـله؟ فإن قلنا: هى للحـمل فلها النفـقة، لأن نسب الحـمل لاحق به فيجـب عليه الإنفاق على ولده، وإن قلنا: لهـا من أجله فلا نفقه لها، لأنهـا فى غير نكاح صحيح فـأشبه حمل الموطوءة بشبـهة، وإذا أتت بولد يمكن كونه من الثانى لحقه نسبـه، لأنها صارت فراشًا له وقد علمنا أن الولد ليس من الأول، لأنهـا تربصت بعد فقده أكثر من مـدة الحمل وتنقضى عدتها من الثـانى بوضعه، لأن الولد منه، وعليها أن ترضعـه اللبأ، لأن الولد لا يقوم بدنه إلا به، فإن ردت إلى الأول فله منعهـا من رضاعه كما له أن يمنعـها من رضاع أجنبى، لأن ذلك يشغلها عن حقوقه إلا أن يضطر إليها ويخشى عليه التلف فليس له منعها من رضاعه، لأن هذا حال ضرورة، فإن أرضعته فى بيت الزوج الأول لم تسقط نفـقتها، لأنها فى قبضته ويده، وإن أرضعته فى غير بيته بغير إذنه فلا نفقة لها، لأنها ناشز وإن كان بإذنه خرج على الروايتين فيما إذا سافرت بإذنه.

وعشراً تـزوجت، وقد ارتبتُ فيهـا وهِبْتُ الجواب فيهـا لما اختلف الناس فيـها فكأنى أحب السلامة، وهذا توقف يحتـمل الرجوع عما قاله وتربص أبدًا ويحـتمل التورع ويكون المذهب ما قاله أولاً.

قال القـاضى: أكثـر أصحـابنا على أن المذهب رواية واحـدة، وعندى أن المسـألة على روايتين، وقال أبـو بكر: الذى أقول به إن صح الاختلاف فى المسـألة أن لا يحكم بحكم ثان إلا بدليل على الانتقال وإن ثبت الإجماع فالحكم فيه على ما نص عليه، وظاهر المذهب على ما حكيناه أولاً نقله عن أحمـد الجماعة، وقد أنكر أحمـد رواية من روى عنه الرجوع على ما حكيناه من رواية الأثرم.

وقال أبو قلابة والنخـعى والثورى وابن أبـى ليلى وابن شبرمة وأصحـاب الرأى والشافعى فى الجديد: لا تتزوج امرأة المفقود حتى يتبين موته أو فراقه لما روى المغيرة أن النبـى ﷺ قال: «امرأة المفقـود امرأته حتى يأتى زوجها»(٥٣) وروى الحكم وحمـاد عن على: لا تتزوج امرأة المفقـود حتى يأتى موته أو طلاقه(٥٤)، لأنه شك فى زوال الزوجية فلم تثـبت به الفرقة كما لو كان ظاهر غيبته السلامة.

ولنا: ما روى الأثرم والجوزجانى بإسنادهما عن عبيد بن عـمير قال: «فقد رجل فى عهد عمر فجاءت امـرأته إلى عمر فذكرت ذلك له فقال: انطلقى فـتربصى أربع سنين، ففعلت ثم أتته فقال: انطلقى فـاعتدى أربعة أشهر وعشرًا، ففـعلت، ثم أتته فقال: أين ولى هذا الرجل؟ فجاء وليُّه فقال طلقها، ففعل، فقـال لها عمر: انطلقى فتزوجى مَنْ شئت، فتزوج،ت ثم جاء زوجها الأول فقـال له عمر: أين كنت؟ فقال: يا أميـر المؤمنين استهوتنى الشـياطين فوالله ما أدرى فى أى أرض الله كنت، كنت عند قـوم يستعـبدوننى حتى اغـتزاهم منهم قوم مـسلمون فكنت فيما غنموه فقالوا لى أنت رجل من الإنس وهؤلاء من الجن فما لك ومالهم؟ فأخبرتهم خبرى، فقالوا بأى أرض الله تحب أن تصبح؟ قلت المدينة هى أرضى فأصبحت وأنا أنظر إلى الحرة، فخيره عمر إن شاء امرأته وإن شاء الصداق، فاختار الصداق، وقال قد حبلت لا حاجة لى فيها»(٥٥) قال أحمد: يروى عن عمر من ثلاثة وجوه ولم يعرف فى الصحابة له مخالف.

---

(٥٣) أخرجه الدارقطنى فى «سننه» (٣/ ٣١٢) من طريق محمد بن شرحبـيل الهمدانى عن المغيرة بن شعبة قال: قال رسول الله ﷺ . . . ذكره. وفيه «حتى يأتيـها الخبر» وإسناده ضعيف، قال ابن أبى حاتم فى العلل: سألت أبى عن هذا الحـديث فقال: حديث منكر، ومحـمد بن شرحبيل مـتروك الحديث يروى عن المغيرة بن شعبة مناكير وأباطيل.اهـ.

(٥٤) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٤٦) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٧/ ٩٠/ ١٢٣٣٠).

(٥٥) أخرجه البـيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٤٥، ٤٤٦) وعن عـبد الرزاق فى «المصنف» (٧/ ٨٦ - ٨٨) وسعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ٤٠١، ٤٠٢) وعبد الرحمن بن أبى ليلى ثقة ولكنه لم يسمع من عمر رضي الله عنه.

وروى الجوزجانى وغيره بإسنادهم عن على فى امرأة المفقود: تعتد أربع سنين ثم يطلقها ولى زوجها وتعتد بعـد ذلك أربعة أشهر وعشراً، فإن جاء زوجها المفـقود بعد ذلك خير بين الصداق وبين امرأته، وقضى به عثمان أيضًـا وقضى به ابن الزبير فى مولاة لهم، وهذه قضايا انتشرت فى الصحابة فلم تنكر فكانت إجماعًا، فأما الحديث الذى رووه عن النبى ﷺ فلم يثبت ولم يذكره أصحاب السنن، وما رووه عن على فيرويه الحكم وحماد مرسلاً والمسند عنه مثل قـولنا، ثم يحمل ما رووه على المـفقود الذى ظاهر غيـبته السـلامة جمعًـا بينه وبين ما رويناه، وقـولهم: إنه شك فى زوال الزوجيـة، ممنوع، فـإن الشك ما تسـاوى فيـه الأمران، والظاهر فى مسألتنا هلاكه.

فـصـل: وهل يعتبر أن يطلقها ولى زوجهـا ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة قروء؟ فيه روايتان: **إحداهـما:** يعتبر ذلك لأنه فى حديث عمر الذى رويناه، وقـد قال أحمد: هو أحسنها، وذكر فى حديث على: أنه يطلقها ولى زوجها، **والثانـية:** لا يعتبر ذلك، كذلك قال ابن عمر وابن عبـاس، وهو القياس فإن ولى الرجـل لا ولاية له فى طلاق امرأته، ولأننا حكمنا عليهـا بعدة الوفاة فلا تجب عليـها مع ذلك عدة الطلاق كما لو تيقنت وفـاته ولأنه وجد دليل هلاكه على وجه أباح لها التزويج وأوجب عليها عدة الوفاة، فأشبه ما لو شهد به شاهدان.

فـصـل: وهل يعتبر ابتداء المدة من حين الغـيبة أو من حين ضرب الحاكم المدة؟ على روايتين: **إحداهما:** يعتبر ابتداؤها من حين ضربها الحاكم لأنها مدة مختلف فيها فافتقرت إلى ضرب الحاكم كمدة العنة، **والثانى:** من حين انقطع خبره وبعد أثره، لأن هذا ظاهر فى موته فكان ابتداء المدة منه كما لو شهد به شاهدان، وللشافعى وجهان كالروايتين.

فـصـــل: فإن قـدم زوجها الأول قـبل أن تتزوج فـهى امرأته، وقـال بعض أصحـاب الشافعى: إذا ضربت لها المدة فانقضت بطل نكاح الأول، والذى ذكرنا أولى، لأننا إنما أبحنا لها التزويج لأن الظاهر موته فإذا بان حيًا انخرم ذلك الظاهر وكان النكاح بحاله كما لو شهدت البينة بموتـه ثم بان حيًا ولأنه أحد الملكين فأشـبه ملْك المال، فأمـا إن قدم بعد أن تزوجت نظرنا فإن كان قبل دخول الثانى بها فـهى زوجة الأولَ ترد إليه ولا شىء، قال أحمد: أما قبل الدخول فهى امـرأته وإنما التخييـر بعد الدخول، وهذا قول الحسن وعطاء وخـلاس بن عمرو والنخعى وقتادة ومالك وإسحاق، وقال القاضـى: فيه رواية أخرى أنه يخير، وأخذه من عموم قول أحمد: إذا تزوجت امـرأته فجاء خير بين الصداق وبين امرأته، والصحـيح أن عموم كلام أحمد يحـمل على خاصه فى رواية الأثرم وأنه لا تخـيير إلا بعد الدخـول فتكون زوجة الأول رواية واحدة لأن النكاح إنما صح فى الظاهر دون الباطن، فـإذا قدم تبينا أن النكاح كان باطلاً لأنه صادف امـرأة ذات زوج فكان باطلاً كما لو شـهدت بينة بموته، وليس عليـه صداق لأنه نكاح فاسـد لم يتصل به دخول وتعـود للزوج بالعقد الأول كـما لو لم تتزوج، وإن قـدم بعد دخول الثانى بها خـير الأول بين أخذها فتكون زوجته بالعقد الأول وبين أخـذ صداقها وتكون

زوجة للثانى، وهذا قول مـالك لإجماع الصحابة عليه فروى معمـر عن الزهرى عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا: «إن جـاء زوجها الأول خير بين المرأة وبين الصداق الذى ساق هو» رواه الجوزجـاني والأثرم وقضى به ابـن الزبير(٥٦) فى مـولاة لهم، وقـال على ذلك فى الحديث الذى رويناه ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم فكان إجماعًا، فعلى هذا إن أمسكها الأول فهى زوجـته بالعقد الأول، والمنصـوص عن أحمد أنه لا يحتـاج الثانى إلى طلاق لأن نكاحه كان باطلاً فى البـاطن، وقال القاضى: قياس قـوله إنه يحتاج إلى طلاق لأن هذا نكاح مختلف فى صـحته فكان مأمورًا بالطلاق ليقطـع حكم العقد الثانى كسائر الأنكحـة الفاسدة، ويجب على الأول اعتزالها حتى تقضى عدتها من الثانى، وإن لم يخترها الأول فإنها تكون مع الثانى ولم يذكروا لها عقدًا جديدًا، والصحـيح أنه يجب أن يستأنف لها عقدًا لأننا تبينا بطلان عقده بمجىء الأول، ويحـمل قول الصحابة على هذا لقيام الدليل عليـه فإن زوجة الإنسان لا تصير زوجـة لغيره بمجرد تركـه لها، وقال أبو الخطاب: القياس أننا إن حكـمنا بالفرقة ظاهرًا وباطنًا فهى امرأة الثانى ولا خيار للأول لأنها بانت منه بفرقة الحاكم فأشبه ما لو فسخ نكاحها لعسرته، وإن لم نحكم بفرقته باطنًا فهى امرأة الأول ولا خيار له.

فـصـل: ومتى اختار الأول تركها فإنه يرجع على الثـانى بصداقها لقضاء الصحابة بذلك ولأنه حال بينه وبينها بعقـده عليها ودخوله بها، واختلف عن أحمد فيما يرجع به، فروى عنه أنه يرجع بالصداق الذى أصدقها هو، وهو اختيار أبى بكر وقول الحسن والزهرى وقتادة وعلى ابن المدينى لقضاء عـلى وعثمان أنه يخير بينها وبين الصـداق الذى ساق هو ولأنه أتلف عليه المعوض فـرجع عليه بالعوض كشهـود الطلاق إذا رجعوا عن الشهـادة، فعلى هذا إن كان لم يدفع إليها الصداق لم يرجع بشىء وإن كان قد دفع بعضه رجع بما دفع ويحتمل أن يرجع عليه بالصداق وترجع المـرأة بما بقى عليه من صـداقها، وعن أحـمد أنه يرجع عليه بالمـهر الذى أصدقها الثانى لأن إتلاف البضع من جهته والرجوع عليه بقيمته والبضع لا يتقوم إلا على زوج أو من جرى مجراه فيجب الرجوع عـليه بالمسمى الثانى دون الأول، وهل يرجع الزوج الثانى على الزوجة بما أخذ منه؟ فيه روايتان: ذكر ذلك أبو عبد الله بن حامد، **إحداهـما**: يرجع به لأنها غرامة لزمت الزوج بسبب وطئه لهـا فرجع بها كالمغرور، **والثانـية**: لا يرجع بهـا وهو أظهر لأن الصحابة لم يقضوا بالرجوع، فإن سعيد بن المسيب روى أن عمر وعثمان «قضيا فى المرأة التى لا تدرى ما مهلك زوجها: أن تتربص أربع سنين ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرًا ثم تزوج إن بدا لها، فإن جاء زوجها خُير إما امرأته وإما الصداق فإن اختار الصداق فالصداق على زوجـها الآخر وتثبت عنده، وإن اختار امرأته عـزلت عن زوجها الآخر حتى تنقضى عـدتها، وإن قدم زوجها وقد تـوفى زوجها الآخر ورثت واعتدت عـدة المتوفى

---

(٥٦) إسناده صحيح.

عنهـا وترجع إلى الأول» رواه الجوزجـانى[٥٧]، ولأن المرأة لا تغـرير منها فلم يرجع عليـها بشىء كغيرها، فإن قلنا يرجع عليها فإن كان قد دفع إليها الصداق رجع به، وإن كان لم يدفعه إليها دفعه إلى الأول ولم يرجع عليهـا بشىء، وإن كان قد دفع بعضه رجع بما دفع، وإن قلنا لا يرجع عليهـا وكان قد دفع إليهـا الصداق لم يرجع به، وإن لم يكن دفعـه إليها لزمه دفـعه ويدفع إلى الأول صداقًا آخر.

فـصـل: وإن اختارت امرأة المفقود المقام والصبر حتى يتبين أمره فلها النفقة ما دام حيّا وينفق عليها من ماله حتى يتبين أمره لأنها محكوم لها بالزوجية فتجب لها النفقة كما لو علمت حياته، فإذا تبين (أنه كان حيا وقدم فلا كلام، وإن تبين)[٥٨] أنه مات أو فارقها فلها النفقة إلى يوم موته أو بينونتها منه ويرجع عليها بالباقى لأنا تبـينا أنها أنفقت مال غيره أو أنفقت من ماله وهى غير زوجة له، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم فضـرب لها مدة فلها النفقة فى مدة التربص ومدة العـدة لأن مدة التربص لم يحكم فيـها ببينونتـها من زوجها فـهى محبوسـة عليه بحكم الزوجية فأشبه ما قبل المدة وأما مدة العدة فلأنها غير متيقنة بخلاف عدة الوفاة فإن موته متيقن وما بعد العدة إن تزوجت أو فرق الحاكم بينهما سقطت نفقـتها، لأنها أسقطتها بخروجها عن حكم نكاحه، وإن لم تتزوج ولا فرق الحاكم بينها فنفقتها باقية لأنها لم تخرج بعد من نكاحه وإن قدم الزوج بعد ذلك وردت إليه عادت نفقتها من حين الرد، وقد روى الأثرم والجوزجانى عن ابن عمر وابن عباس قالا: «تنتظر امرأة المفقود أربع سنين» قال ابن عمر: «ينفق عليها من مال زوجها» وقال ابن عباس: «إذًا يجحف ذلك بالورثة ولكنها تستدين فإن جاء زوجها أخذت من ماله وإن مات أخذت من نصيبها من الميراث» وقالا: ينفق عليها بعد فى العدة بعد الأربع سنين من مال زوجها جميعه أربعة أشهر وعشرًا[٥٩]، وإن قلنا: ليس لها أن تتزوج، لم تسقط نفقتها ما لم تتزوج فإن تزوجت سقطت نفقتها لأنها بالتزويج تخرج عن يديه وتصير ناشزًا وإن فرق بينهما فلا نفقة لها ما دامت فى العدة فإذا انقضت فلم تعد إلى مسكن زوجها فلا نفقة لها أيضًا لأنها باقية على النشوز وإن عادت إلى مسكنه احـتمل أن تعود النفقة لأن النشوز المسقط لنفقتها قـد زال ويحتمل ألا تعود لأنها ما سلمت نفسـها إليه وإن عاد فتسلمها عـادت نفقتها، ومتى أنفق عليها ثم بان أن الزوج كان قد مات قبل ذلـك حسب عليها ما أنفق عليها من حين موته من ميراثها، فإن لم ترث شيئًا فهو عليـها لأنها أنفقت من مال الوارث ما لا تستحقه فأما نفقتـها على الزوج الثانى، فإن قلنا: لها أن تـزوج، فنكاحها صحيح حكمـه فى النفقة حكم غيره من الأنكحة الصحـيحة وإن قلنا: ليس لها أن تتزوج، فلا نفقة لهـا، فإن أنفق عليها لم

(٥٧) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٧/ ٨٥/ ١٢٣١٧) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٤٥).

(٥٨) سقط من المطبوعة وأثبتناه من نسخة «هـ».

(٥٩) أخرجه البـيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٤٥) وسعـيد بن منصور فى «السنن» (١/ ٤٠٢) وابن أبى شيبة فى «المصنف» (٤/ ١٠/ ١١٥/ ١١٦).

يرجع بشيء لأنه تطوع به إلا أن يجبره على ذلك حاكم فيحتمل أن يرجع بها لأنه ألزمه أداء ما لم يكن واجبًا عليه، ويحتمل ألا يرجع به لأن ما حكم به الحاكم لا يجوز نقضه ما لم يخالف كتابًا أو سنة أو إجماعًا فإن فارقها بتفريق الحاكم أو غيره فلا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً فينبغي وجوب النفقة على الروايتين فى النفقة هل هى للحمل أو لها من أجله؟ فإن قلنا: هى للحمل، فلها النفقة لأن نسب الحمل لاحق به فيجب عليه الإنفاق على ولده، وإن قلنا: لها من أجله، فلا نفقة لها لأنه فى غير نكاح صحيح فأشبه حمل الموطوءة بشبهة، وإذا أتت بولد يمكن كونه من الثانى لحقه نسبه لأنها صارت فراشًا له وقد علمنا أن الولد ليس من الأول لأنها تربصت بعد فقده أكثر من مدة الحمل وتنقضى عدتها من الثانى بوضعه لأن الولد منه وعليها أن ترضعه اللبأ(٦٠) لأن الولد لا يقوم بدنه إلا به فإن ردت إلى الأول فله منعها من إرضاعه كما له أن يمنعها من رضاع أجنبى لأن ذلك يشغلها عن حقوقه إلا أن يضطر إليها ويخشى عليه التلف فليس له منعها من إرضاعه لأن هذا حال ضرورة، فإن أرضعته فى بيت الزوج الأول لم تسقط نفقتها لأنها فى قبضته ويده، وإن أرضعته فى غير بيته بغير إذنه فلا نفقة لها لأنها ناشز، وإن كان بإذنه خرج على الروايتين فيما إذا سافرت لحاجتها بإذنه.

فصل: فى ميراثها من الزوجين وتوريثهما منها، متى مات زوجها الأول أو ماتت قبل تزويجها بالثانى ورثته وورثها وكذلك إن تزوجت الثانى فلم يدخل بها لأننا قد تبينا أنه متى قدم قبل الدخول بها ردت إليه بغير تخيير، وقد ذكرنا: أن القاضى ذكر أن فيها رواية أخرى أنه يخير فيها فعلى هذه الرواية حكمه حكم ما لو دخل بها الثانى، فأما إن دخل الثانى بها نظرنا فإن قدم الأول فاختارها وردت إليه ورثها وورثته، ولم ترث الثانى ولم يرثها لأنه لا زوجية بينهما، وإن مات أحدهما قبل اختيارها إما فى الغيبة أو بعد قدومه، فإن قلنا: إن لها أن تتزوج ورثت الزوج الثانى وورثها ولم ترث الأول ولم يرثها لأن من خير بين شيئين فتعذر أحدهما تعين الآخر، وإن ماتت قبل اختيار الأول خير فإن اختارها ورثها وإن لم يخترها ورثها

فصل: فى ميراثها من الزوجين وتوريثهما منها، متى مات زوجها الأول أو ماتت قبل تزويجها للثانى ورثته وورثها وكذلك إن تزوجت الثانى فلم يدخل بها، لأننا قد تبينا أنه متى قدم قبل الدخول بها ردت إليه بغير تخيير، وذكر القاضى فيها رواية: أنه يخير فيها، فعلى هذه الرواية حكمها حكم ما لو دخل بها الثانى، فأما إذا دخل بها الثانى وقدم زوجها الأول فاختارها ردت إليه وورثها وورثته، ولم ترث الثانى ولم يرثها، لأنه لا زوجية بينهما، وإن مات أحدهما قبل اختيارها إما فى الغيبة أو بعد قدومه، فإن قلنا: إن لها أن تتزوج، ورثت الزوج الثانى وورثها ولن ترث الأول ولم يرثها، لأن من خير بين شيئين فتعذر أحدهما تعين الآخر، وإن ماتت قبل اختيار الأول خير فإن اختارها ورثها، وإن لم يختارها ورثها الثانى،

---

(٦٠) اللبأ: أول اللبن.

الثانى، هذا ظاهر قول أصحابنا وأما على ما اختاره فإنها لا ترث الثانى ولا يرثها بحال إلا أن يجدد لها عقدًا أو لا يعلم أن الأول كان حيّا ومتى علم أن الأول كان حيّا ورثها وورثته إلا أن يختار تركها فتبين منه بذلك فلا ترثه ولا يرثها.

وعلى قول أبى الخطاب: إن حكمنا بوقوع الفرقة بتفريق الحاكم ظاهرًا وباطنًا ورثت الثانى وورثها ولم ترث الأول ولم يرثها «وإن لم تحكم بوقوع الفرقة باطنًا ورثت الأول وورثها ولم ترث الثانى ولم يرثها»(٦١) فأما عدتها منهما فمن ورثته اعتدت لوفاته عدة الوفاة وإن مات الثانى فى موضع لا ترثه فالمنصوص عن أحمد أنها تعتد عدة الوفاة فى النكاح الفاسد، فعلى هذا عليها عدة الوفاة لوفاته وهو اختيار أبى بكر.

وقال ابن حامد: لا عدة عليها لوفاته لكن تعتد من وطئه بثلاثة قروء فإن ماتا معًا اعتدت لكل واحد منهما وبدأت بعدة الأول فإذا أكملتها اعتدت للآخر، وإن مات الأول أولاً فكذلك، وإن مات الثانى أولاً بدأت بعدته، فإذا مات الأول انقطعت عدة الثانى ثم ابتدأت عدة الأول فإذا أكملتها أتمت عدة الثانى، وإن علم موت أحدهما وجهل وقت موت الآخر أو جهل موتهما فعليها أن تعتد عدتين من حين تيقنت الموت وتبدأ بعدة الأول لأنه أسبق وأولى، وإن كانت حاملاً فبوضع الحمل تنقضى عدة الثانى لأن الولد منه ثم تبتدئ بعده بعدة الوفاة أربعة أشهر وعشرًا.

فصل: وإذا تزوجت امرأة المفقود في وقت ليس لها أن تتزوج فيه مثل أن تتزوج قبل

هذا ظاهر قول أصحابنا، وأما على ما اختاره شيخنا، فإنها لا ترث الثانى ولا يرثها بحال إلا أن يجدد لها عقدًا أو لا يعلم أن الأول كان حيّا ومتى علم أن الأول كان حيّا ورثها وورثته إلا أن يختار تركها فتبين منه بذلك فلا ترثه ولا يرثها، وعلى قول أبى الخطاب إن حكمنا بوقوع الفرقة بتفريق الحاكم ظاهرًا وباطنًا ورثت الثانى وورثها دون الأول، وإن لم يحكم بوقوع الفرقة باطنًا ورثت الأول وورثها دون الثانى، فأما عدتها منهما فمن ورثته اعتدت لوفاته عدة الوفاة، وإن مات الثانى فى موضع لا ترثه فالمنصوص عن أحمد أنها تعتد عدة الوفاة فى النكاح الفاسد، فعلى هذا عليها عدة الوفاة لوفاته وهو اختيار أبى بكر، وقال ابن حامد: لا عدة عليها لوفاته لكن تعتد من وطئه بثلاثة قروء، فإن ماتا معًا اعتدت لكل واحد منهما وبدأت بعدة الأول، فإن أكملتها اعتدت للآخر، وإن مات الأول أولاً فكذلك، وإن مات الثانى أولاً بدأت بعدته، فإن مات الأول انقطعت عدة الثانى ثم بدأت عدة الأول، فإذا أكملتها أتمت عدة الثانى، وإن علم موت أحدهما وجهل موت الآخر أو جهل موتهما فعليها أن تعتد عدتين من حين تيقنت الموت وتبدأ بعدة الأول، لأنه أسبق وأولى، وإن كانت حاملاً فبوضع الحمل تنقضى عدة الثانى، لأن الولد منه ثم تبتدئ بعدة الوفاة أربعة أشهر وعشرًا.

فصل: إذا تزوجت امرأة المفقود فى وقت ليس لها أن تتزوج فيه نحو أن تتزوج قبل

---

(٦١) سقط من المطبوعة وأثبتناه من «هـ».

مضى المدة التى يباح لها التزويج بعدها أو كانت غيـبة زوجها ظاهرها السلامة أو ما أشبه هذا فنكاحهـا باطل، وقال القاضى: إن تبـين أن زوجها قـد مات وانقضت عـدتها منه أو فارقـها وانقضت عدتها ففى صحة نكاحها وجهان: **أحدهما:** هو صحيح، لأنها ليست فى نكاح ولا عدة فصح تزويجهـا كما لو علمت ذلك، **والثـانى:** لا يصح، لأنها معتقـدة تحريم نكاحها وبطلانه، وأصل هذا من باع عينًا فى يده يعتقدها لموروثه فبـان موروثه ميتًا والعين مملوكة له بالإرث هل يصح البيع؟ فيه وجهان، كذا هـهنا، ومذهب الشافعى مثل هذا.

ولنا: أنها تزوجت فى مدة منعها الشرع من النكاح فيها فلم يصح كما لو تزوجت المعتدة فى عدتها أو المرتابة قبل زوال ريبتها.

فـصـل: ويقسم مال المفقود فى الوقت الذى تؤمـر زوجته بعدة الوفاة فيه، وبهـذا قال قتادة، وقال الشافعى ومالك وأصـحاب الرأى وابن المنذر: لا يقسم ماله حتى تعلم وفاته لأن الأصل البقاء فـلا يزول عنه بالشك، وإنما صرنا إلى إباحـة التزويج لامرأته لإجمـاع الصحابة ولأن بالمرأة حاجة إلى النكاح وضرراً فى الانتظار فاختص ذلك بها.

ولنا: أن من اعتـدت زوجته للوفاة قـسم ماله كمن قامـت البينة بموته، وما أجـمع عليه الصحابة يقاس عليه ما كان فى معناه، وتأخير القسمة ضرر بالورثة وتعطيل لمنافع المال وربما تلف أو قلت قيمته فهو فى معنى الضرر بتأخير التزويج.

فـصـل: وإن تصرف الزوج المـفقود فى زوجته بطلاق أو ظـهار أو إيلاء أو قذف صح تصـرفه، لأن نكاحه باق ولهذا خير فى أخذها وإنمـا حكمنا بإباحة تزويجها لأن الظاهر موته فلا يبطل فى الباطن كما لو شهدت بموته بينة كاذبة.

فـصـل: وإذا فقدت الأمة زوجها تربصت أربع سنين ثم اعتـدت للوفاة شهرين وخمسة أيام، وهذا اختيار أبـى بكر، وقال القاضى: تتربص نصف تربص الحرة، ورواه أبو طالب عن أحمد وهو قول الأوزاعى والليث لأنها مدة مضروبة لـلمرأة لعدم زوجها فكانت الأمة فيه على النصف من الحرة كالعدة.

مضى المدة التى يباح لها التزوج بعدها أو كانت غيـبة زوجها ظاهرها السلامة أو ما أشبه هذا فنكاحهـا باطل، وقال القاضى: أن تبـين أن زوجها قـد مات وانقضت عـدتها منه أو فارقـها وانقضت عدتها ففى صحة نكاحها وجهان: **أحدهما:** هو الصحيح، لأنها ليست فى نكاح ولا عدة فصح تزويجهـا كما لو علمت ذلك، **والثـانى:** لا يصح، لأنها معتقـدة تحريم نكاحها وبطلانه، وأصل هذا من باع عينًا فى يده يعـتقدها لمورثه فبـان مورثه ميتًا والعـين مملوكة له بالإرث هل يصح البيع؟ فيه وجهان، كذا هـهنا ومذهب الشافعى مثل هذا.

ولنا أنها تزوجت في مدة منعها الشرع النكاح فيـها فلم يصح كما لو تزوجت المعتدة فى عدتها والمرتابة قبل زوال الريبة.

ولنا: أن الأربع سنين مـضروبة لكونها أكـثر مدة الحـمل ومدة الحمل فى الحـرة والأمة سواء فاستـويا فى التربص لها كالتسعـة الأشهر فى حق من ارتفع حيضهـا لا تدرى ما رفعه؟ وكالحمل نفسه وبهذا ينتقض قياسهم، فأما العـبد فإن كانت زوجته حرة فتربصها تربص الحرة تحت الحر وإن كانت أمة فهى كالأمة تحت الحر لأن العدة معتبرة بالنساء دون الرجال وكذلك مدة التربص، وحكى عن الزهرى ومالك أنه يضرب له نصف أجل الحر والأولى ما قلناه لأنه تربص مشروع فى حق المرأة لفرقة زوجها فأشبه العدة.

فـصـل: فإن غاب رجل عن زوجته فشهد ثقات بوفاته فاعتدت زوجته للوفاة أبيح لها أن تـــزوج، فإن عاد الزوج بعد ذلك فحكمه حكم المفقـود يخير زوجها بين أخذها وتركها وله الصداق، وكـذلك إن تظاهرت الأخبـار بموته، وقـد روى الأثرم بإسناده عن أبـى المليح عن شهية «أن زوجها صيفى بن فشيل نعى لهـا من قيذائيل فتزوجت بعده ثم إن زوجها الأول قدم فأتينا عثمان وهو محصور فأشـرف علينا فقال: كيف أقضى بينكم وأنا على هذا الحال؟ فقلنا: قد رضينا بقـولك، فقضى أن يخيـر الزوج الأول بين الصداق وبين المرأة فرجعـنا، فلما قتل عثمـان أتينا عليًا فخير الزوج الأول بين الصـداق وبين المرأة فاختار الصداق فـأخذ منى ألفين ومن زوجى الآخـر ألفـين»(٦٢) فإن حصلت الفرقـة بشهادة محصورة، فمـا حصل من غرامة فعليهمـا لأنهما سبب فى إيجابها، وإن شـهدوا بموت رجل فقسم ماله ثم قـدم فما وجد من

فـصل: وإن غاب رجل عن زوجته فشهد ثقات بوفـاته فاعتدت زوجته للوفاة أبيح لها أن تـــزوج، فإن عاد الزوج بعد ذلك فحكمه حكم المفقـود يخير زوجها بين أخذها وتركها وله الصداق، وكـذلك إن تظاهرت الأخبـار بموته، وقـد روى الأثرم بإسناده عن أبى المليح عن سهية أن زوجها صيفى بن فشيل نعى لهـا من قيذائيل فتزوجت بعده، ثم إن زوجها الأول قدم فأتينا عثمـان وهو محصور، فأشرف علينا ثم قال: كيف أقـضى بينكما وأنا على هذه الحال؟ فقلنا: قـد رضينا بقولك، فـقضى أن يخيـر الزوج الأول بين الصداق وبين المرأة، فلمـا قتل عثمان أتينا عليّـا فخير الزوج الأول بين الصداق والمرأة فاختار الصـداق فأخذ منى ألفين ومن زوجى الآخر ألفين فإن حصلت الفرقة بشهادة محصورة فما حصل من غرامة فعليهما، لأنهما سبب فى إيجابها وإن شهدا بموت رجل فقسم ماله ثم قدم فما وجده من ماله أخذه، وما تلف منه أو تعذر رجوعه فيه فله تضمين الشاهدين، لأنهما سبب الاستيلاء عليه، وللمالك تضمين المتلف، لأنه أتلف ماله بغير إذنه.

فـــصل: وإن وطئت المعـتدة بشبـهة أو غيـرها أتمت عدة الأول ثم أستـأنف العدة من الـــوطء، إنما كان كذلك، لأن العدتين من رجلين لا يتداخـلان لكونهما حقين لرجلين أشبه الدينين فتم عدة الأول وتجب للثانى عدة كامله بعد قضاء عدة الأول.

---

(٦٢) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٤٧) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٧/ ٨٨/ ١٢٣٢٥).

ماله أخذه وما تلف منه أو تعذر رجوعه فيه فله تضمين الشاهدين لأنهما سبب الاستيلاء عليه وللمالك تضمين المتلف لأنه أتلف ماله بغير إذنه.

فـصـل: وإذا نكح رجل امرأة نكاحًا متفقًا على بطلانه مثل أن ينكح ذات محرمه أو معتدة يعلم حالها وتحريمها فلا حكم لعقده، والخلوة بها كالخلوة بالأجنبية لا توجب عدة وكذلك الموت عنها لا يوجب عدة الوفاة؛ وإن وطئها اعتدت لوطئه بثلاثة قروء منذ وطئها سواء فارقها أو مات عنها كما لو زنى بها من غير عقد، وإن نكحها نكاحًا مختلفًا فيه فهو فاسد فإن مات عنها فنقل جعفر بن محمد أن عليها عدة الوفاة وهذا اختيار أبى بكر.

وقال أبو عبد الله بن حامد: ليس عليها عدة الوفاة، وهو مذهب الشافعى لأنه نكاح لا يثبت الحل فأشبه الباطل، فعلى هذا إن كان قبل الدخول فلا عدة عليها وإن كان بعده اعتدت بثلاثة قروء، ووجه الأول أنه نكاح يلحق به النسب فوجبت به عدة الوفاة كالنكاح الصحيح وفارق الباطل فإنه لا يلحق به النسب، وإن فارقها فى الحياة بعد الإصابة اعتدت بعد فرقته بثلاثة قروء ولا اختلاف فيه وإن كان قبل الخلوة فلا عدة عليها بلا خلاف لأن المفارقة فى الحياة فى النكاح الصحيح لا عدة عليها بلا خلاف ففى الفاسد أولى، وإن كان بعد الخلوة قبل الإصابة فالمنصوص عن أحمد أن عليها العدة لأنه جرى مجرى النكاح الصحيح فى لحوق النسب فكذلك فى العدة، وقال الشافعى لا عدة عليها لوجهين: **أحدهما:** أنها خلوة فى غير نكاح صحيح أشبهت التى نكاحها باطل، **والثانى:** أن الخلوة عنده فى النكاح الصحيح لا توجب العدة ففى الفاسد أولى، وهذا مقتضى قول ابن حامد.

1- مسألة: (وإن كانت بائنًا فأصابها المطلق عمدًا فكذلك).

لأنها قد صارت أجنبية منه فأشبه وطء الأجنبى، وإن أصابها بشبهة استأنفت العدة من الوطء ودخلت فيها بقية الأولى، لأن الوطء بالشبهة يلحق به النسب فدخلت بقية الأولى فى العدة الثانية.

2- مسألة: (وإن تزوجت فى عدتها لم تنقطع عدتها حتى تدخل بها فتنقطع حينئذ).

وجملة ذلك: أن المعتدة لا يجوز لها أن تنكح فى عدتها إجماعًا لقول الله تعالى: ﴿**وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ**﴾ (البقرة: ٢٣٥) ولأن العدة إنما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم لئلا يفضى إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب، فإن تزوجت فالنكاح باطل، لأنها ممنوعة من النكاح لحق الزوج الأول، فكان نكاح باطلاً كما لو تزوجت وهى فى نكاحه، ويجب أن يفرق بينه وبينها، فإن لم يدخل بها فالعدة بحالها لا تنقطع بالعقد الثانى، لأنه باطل لا تصير به المرأة فراشًا، ولا يستحق عليه بالعقد شىء وتسقط نفقتها وسكانها عن الزوج الأول، لأنها ناشز، وإن وطئها انقطعت العدة سواء علم التحريم أو جهله، وقال أبو حنيفة: لا ينقطع، لأن كونها فراشًا لغير من له العدة لا يمنعها كما لو وطئت بشبهة وهى زوجة فإنها

فـصـل: فى عدة المعتق بعضها، ومتى كانت معتدة بالحمل أو بالقروء فعدتها كعدة الحرة لأن عدة الحامل لا تختلف بالرق والحرية، وعدة الأمة بالقروء قرءان فأدنى ما يكون فيها من الحرية يوجب قرءاً ثالثًا لأنه لا يتبعض، وإن كانت معتدة بالشهور إما للوفاة وإما للإياس أو الصغر فعدتها بالحساب من عدة حرة وأمة، فإذا كان نصفها حرّاً فاعتدت للوفاة فعليها ثلاثة أشهر وثمان ليال لأن الليل يحسب مع النهار فيكون عليها ثلاثة أرباع ذلك وإن كانت معتدة بالشهور عن الطلاق وقلنا إن عدة الأمة شهر ونصف كان عدة المعتق نصفها شهرين وربعًا، وإن قلنا عدة الأمة شهران أو ثلاثة أشهر فعدة المعتق بعضها كعدة الحرة سواء، وأم الولد والمدبرة والمكاتبة عدتهن كعدة الأمة سواء لأنهن إماء.

١٣٥٧- مسألة: قال: **(وأم الولد إذا مات سيدها فلا تنكح حتى تحيض حيضة كاملة)**.

هذا المشهور عن أحمد وهو قول ابن عمر وروى ذلك عن عثمان وعائشة والحسن والشعبى والقاسم بن محمد وأبى قلابة ومكحول ومالك والشافعى وأبى عبيد وأبى ثور، وروى عن أحمد أنها تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً وهو قول سعيد بن المسيب وأبى عياض وابن سيرين وسعيد بن جبير ومجاهد وخلاس بن عمرو وعمر بن عبد العزيز والزهرى ويزيد بن عبد الملك والأوزاعى وإسحاق لما روى عن عمرو بن العاص أنه قال: «لا تفسدوا علينا سنة نبينا ، عدة أم الولد إذا توفى عنها سيدها أربعة أشهر وعشر» رواه أبو داود(٦٣)،

تعتد وإن كانت فراشًا للزوج، وقال الشافعى: إن وطئها عالمًا بأنها معتدة وأنه محرم فهو زان فلا تنقطع العدة بوطئه، لأنها لا تصير به فراشًا ولا يلحق به نسب، وإن كان جاهلاً أنها معتدة أو بالتحريم، انقطعت العدة بالوطء، لأنها تصير به فراشًا، والعدة تراد للاستبراء وكونها فراشًا ينافى ذلك فوجب أن يقطعها، فأما طريانه عليها فلا يجوز.

ولنا: أن هذا وطء بشبهة نكاح فتنقطع به العدة كما لو جهل، وقولهم: إنها لا تصير به فراشًا، قلنا: لكنه لا يلحق الولد الحادث من وطئه بالزوج الأول فهما سيان، إذا ثبت هذا فعليه فراقها فإن لم يفعل وجب التفريق بينهما.

3- مسألة: ثم إذا فارقها بنت على عدة الأول ثم استأنفت العدة من الثانى، إنما بنت على عدة الأول لأن حقه أسبق، ولأن عدته وجبت عن وطء فى نكاح صحيح، فإذا كملت عدة الأول وجب عليها أن تعتد من الثانى، ولا تتداخل العدتان لأنهما من رجلين، وهذا مذهب الشافعى، وقال أبو حنيفة: تتداخلان فتأتى بثلاثة قروء بعد مفارقة الثانى تكون عن بقية

---

(٦٣) أخرجه أبو داود فى «الطلاق» (٢/ ح٢٣٠٨) وابن ماجه فى «الطلاق» (١/ ح٢٠٨٣) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ٢٠٣) والدارقطنى فى «السنن» (٣/ ٣٠٩) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٤٧، ٤٤٨) والحاكم فى «المستدرك» (٢/ ٢٠٨) وإسناده صحيح.

ولأنها حرة تعتد للوفاة فكانت عدتها أربعـة أشهر وعشراً كالزوجة الحرة، وحكى أبو الخطاب رواية ثالثة: تعتد شـهرين وخمسة أيام، ولم أجد هذه الرواية عن أحـمد فى الجامع ولا أظنها صحـيحة عن أحـمد، وروى ذلك عن عطاء وطاوس وقتـادة ولأنها حين المـوت أمة فكانت عدتها عدة الأمة كما لو مات رجل عن زوجـته الأمة فعتقت بعد موته، ويروى عن على وابن مسعـود وعطاء والنخعى والثورى وأصحاب الرأى أن عـدتها ثلاث حيض لأنها حرة تسـتبرأ، فكان استبراؤها بثلاث حيض كالحرة المطلقة.

ولنا: أنه استبراء لزوال الملك عن الرقـبة فكان حيضة فى حق من تحيض كسـائر استبراء المعتقات والمملوكات، ولأنه استبراء لغيـر الزوجات والموطوءات بشبهة فأشبه ما ذكرنا، قال القاسم بن محـمد: «سبحان الله يقول الله تعـالى فى كتابه: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا﴾ (البقرة: ٢٣٤) ما هن بأزواج» فأما حديث عمرو بن العاص فضعيف، قال ابن المنذر: ضعف أحمد وأبو عبيد حديث عمرو بن العاص.

وقال محـمد بن موسى(٦٤): سألت أبا عبد الله عن حديث عمرو بن العاص، فقال: لا يصح، وقال المـيمونى: رأيت أبا عبد الله يعـجب من حديث عمرو بن الـعاص هذا ثم قال: أين سنة النبـىّ ﷺ فى هذا؟ وقال: أربعة أشهر وعـشر إنما هى عدة الحرة من النكاح وإنما هذه أمة خـرجت من الرق إلى الحرية، ويلزم من قـال بهذا أن يورثها، وليس لقـول من قال تعتد بثلاث حـيض وجه وإنما تعتد بذلك المطلقة وليست هذه مطـلقة ولا فى معنى المطلقة،

عدة الأول وعـدة للثانى، لأن القصـد معرفـة براءة الرحم وهذا يحصل به براءة الرحم منهـما جميعًا.

ولنا: ما روى مالك عن ابن شهـاب عن سعيد بن المسيب وسليمـان بن يسار أن طليحة كانت تحت رشـيد الثقفى فـطلقها ونكحت فى عدتـها، فضربهـا عمر رضي الله عنه وضرب زوجـها ضربات بمخـفقة وفرق بينهما، ثم قـال: أيما امرأة نكحت فى عدتها، فإن كـان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بهـا يفرق بينهما، ثم اعتـدت بقية عدتها من زوجهـا الأول، ثم اعتدت من الآخر، ولا ينكحـها أبدًا، وروى بإسناده عن على أنه قضى فى التى تتزوج فى عـدتها فى أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فـرجها وتكمل ما أفسدت من عدة الأول، وتعتد من الآخر(أ)، وهذان قولا سيدين من الخلفاء لم يعرف لهما فى الصحابة مخالف، ولأنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينين واليـمينين ولأنه حبس يستحقه الرجال على النساء فلم يجز أن تكون المرأة فى حبس رجلين كالزوجة.

---

(٦٤) هو ابن أبى موسى النهريترى البغدادى أبو عبد الله، قال الخطيب: كـان ثقة فاضلاً جليلاً ذا قدر كبير ومحل عظيم وكان مقربًا، طبقات الحنابلة (١/ ٣٢٣، ٣٢٤).

(أ) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٤٧).

وأما قياسهم إياها على الزوجات فلا يصح فإن هذه ليست زوجة ولا فى حكم الزوجة ولا مطلقة ولا فى حكم المطلقة.

فصل: ولا يكفى فى الاستبراء طهر واحد ولا بعض حيضة، وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال بعض أصحاب مالك: متى طعنت فى الحيضة فقد تم استبراؤها وزعم أنه مذهب مالك، وقال الشافعى فى أحد قوليه: يكفى طهر واحد إذا كان كاملا وهو أن يموت فى حيضها فإذا رأت الدم من الحيضة الثانية حلت وتم استبراؤها وهكذا الخلاف فى الاستبراء كله وبنوا هذا على أن القروء الأطهار، وهذا يرده قول النبى ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة»(٦٥).

وقال رويفع بن ثابت: سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم خيبر: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبى حتى يستبرئها بحيضة»(٦٦) رواه الأثرم، وهذا صريح فلا يعول على ما خالفه، ولأن الواجب استبراء والذى يدل على البراءة هو الحيض فإن الحامل لا تحيض، فأما الطهر فلا دلالة فيه على البراءة فلا يجوز أن يعول فى الاستبراء على ما لا دلالة عليه دون ما يدل عليه، وبناؤهم قولهم هذا على قولهم إن القروء الأطهار بناء للخلاف على الخلاف وليس ذلك بحجة، ثم لم يمكنهم بناء هذا على ذلك حتى خالفوه فجعلوا الطهر الذى طلقها فيه قرءًا ولم يجعلوا الطهر الذى مات فيه سيد أم الولد قرءًا وخالفوا الحديث والمعنى، فإن قالوا: إن بعض الحيضة المقترن بالطهر يدل على البراءة، قلنا: فيكون الاعتماد

4- مسألة: (وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة أو فى نكاح فاسد فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطئ وغيره).

قال شيخنا: والأولى حل نكاحها لمن هى معتدة منه إن كان يلحقه نسب ولدها، لأن العدة لحفظ مائه وصيانة نسبه ولا يصان ماؤه المحترم(2) عن مائة المحترم ولا يحفظ نسبه عنه ولذلك أبيح للمختلعة نكاح من خالعها، ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية لا يحل له نكاحها، لأنه يفضى إلى اشتباه النسب فالواطئ كغيره فى أن النسب لا يلحق بواحد منهما.

5- مسألة: (وإن أتت بولدين أحدهما انقضت عدتها منه ثم اعتدت للآخر أيهما كان).

وجملة ذلك: أن التى تزوجت فى عدتها إذا كانت حاملاً انقضت عدتها بوضع حملها، لقول الله تعالى: ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٤) فإن كان يمكن أن

---

(٦٥) تقدم برقم (١٥) من كتاب «العدد».

(٦٦) أخرجه الدارمى فى كتاب «السير» (٢/ ح٢٤٧٧) بلفظه وفيه محمد بن إسحاق وهو مدلس وقد عنعنه وقد صرح بالتحديث فيه عند أبى داود فى «سننه» (٢/ ح٢١٥٨) وإسناده حسن، وأحمد فى «مسنده» (٤/ ١٠٨).

(2) وفى المغنى «المحرم».

حينئذ على بعض الحيضة وليس ذلك قرءًا عند أحد، فإذا تقرر هذا فإن مات عنها وهى طاهر فإذا طهرت من الحيضة المستقبلة حلت، وإن كانت حائضًا لم تعتد ببقية تلك الحيضة ولكن متى طهرت من الحيضة الثانية حلت لأن استبراء هذه بحيضة فلا بد من حيضة كاملة.

١٣٥٨- مسألة: قال: **(وإن كانت آيسًا فبثلاثة أشهر)**.

وهذا المشهور عن أحمد أيضًا، وهو قول الحسن وابن سيرين والنخعى وأبى قلابة وأحد قولى الشافعى، وسأل عمر بن عبد العزيز أهل المدينة والقوابل فقالوا: لا تستبرأ الحبلى فى أقل من ثلاثة أشهر، فأعجبه قولهم، وعن أحمد رواية أخرى أنها تستبرأ بشهر وهو قول ثان للشافعى، لأن الشهر قائم مقام القرء فى حق الحرة والأمة المطلقة فكذلك فى الاستبراء.

وذكر القاضى رواية ثالثة أنها تستبرأ بشهرين كعدة الأمة المطلقة، ولم أر لذلك وجهًا، ولو كان استبراؤها بشهرين لكان استبراء ذات القرء بقرأين ولم نعلم به قائلا، وقال سعيد بن المسيب وعطاء والضحاك: والحكم فى الأمة التى لا تحيض تستبرأ بشهر ونصف، ورواه حنبل عن أحمد، فإنه قال: قال عطاء: إن كانت لا تحيض فخمس وأربعون ليلة، قال عمى: كذلك أذهب، لأن عدة الأئمة المطلقة الآيسة كذلك والمشهور عن أحمد الأول.

قال أحمد بن القاسم: قلت لأبى عبد الله: كيف جعلت ثلاثة أشهر مكان حيضة وإنما جعل الله فى القرآن مكان كل حيضة شهرًا؟ فقال: إنما قلنا بثلاثة أشهر من أجل الحمل فإنه لا يتبين فى أقل من ذلك فإن عمر بن عبد العزيز سأل عن ذلك وجمع أهل العلم والقوابل

تكون من الأول دون الثانى وهو أن تأتى به لدون ستة أشهر من وطء الثانى وأربع سنين فما دونها من فراق الأول، فإنه يلحق بالأول وتنقضى عدتها منه بوضعه ثم تعتد بثلاثة قروء عن الثانى، وإن أمكن كونه من الثانى دون الأول وهو أن تأتى به لستة أشهر فما زاد إلى أربع سنين من وطء الثانى، ولأكثر من أربع سنين منذ بانت من الأول فهو ملحق بالثانى وحده، تنقضى به عدتها منه ثم تتم عدة الأول وتقدم عدة الثانى ههنا، لأنه لا يجوز أن يكون الحمل من إنسان والعدة من غيره.

6- مسألة: وإن أمكن أن يكون منهما وهو أن تأتى به لستة أشهر فصاعدًا من وطء الثانى، ولأربع سنين فما دونها من بينونتها من الأول أُرِىَ القافة معهما، فإن ألحقته بالأول لحق به كما لو أمكن أن يكون منه دون الثانى، وإن ألحقته بالثانى لحق به وكان الحكم كما لو أمكن أن يكون من الثانى دون الأول، فإن ألحقته بهما لحق بهما.

ومقتضى المذهب أن تنقضى عدتها به منهما جميعًا لأن نسبه ثبت منهما كما تنقضى عدتها به من الواحد الذى ثبت نسبه منهما، فأما إن نفته القافة عنهما فحكمه حكم ما لو أشكل أمره، فعلى هذا تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء، لأنه إن كان من الأول فقد أتت بما عليها من عدة الثانى، وإن كان من الثانى فعليها أن تكمل عدة الأول لتسقط الفرض بيقين، ولا

فأخبروه أن الحمل لا يتبين فى أقل من ثلاثة أشهر فأعجبه ذلك، ثم قال: ألا تسمع قول ابن مسعود: «إن النطفة أربعين يومًا ثم علقة أربعين يومًا ثم مضغة بعد ذلك»(٦٧).

قال أبو عبد الله: فإذا خرجت الثمانون صار بعدها مضغة وهى لحم فتبين حينئذ، وقال لى: هذا معروف عند النساء، فأما شهر فلا معنى فيه ولا نعلم به قائلا، ووجه استبرائها بشهر: أن الله تعالى جعل الشهر مكان الحيضة ولذلك اختلفت الشهور باختلاف الحيضات، فكانت عدة الحرة الآيسة ثلاثة أشهر مكان ثلاثة قروء، وعدة الأمة شهرين مكان قرأين وللأمة المستبرأة التى ارتفع حيضها عشرة أشهر: تسعة للحمل وشهر مكان الحيضة، فيجب أن يكون مكان الحيضة ههنا شهر كما فى حق من ارتفع حيضها، **فإن قيل**: فقد وُجد ثم ما دل على البراءة وهو تربص تسعة أشهر، **قلنا**: وههنا ما يدل على البراءة وهو الإياس فاستويا.

١٣٥٩- مسألة: قال: **(وإن ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه اعتدت بتسعة أشهر للحمل وشهر مكان الحيضة)**.

وفى هذه المسألة أيضًا روايتان: **إحداهما**: أنها تستبرأ بعشرة أشهر، **والثانية**: بسنة: تسعة أشهر للحمل لأنها غالب مدته وثلاثة أشهر مكان الثلاثة التى تستبرأ بها الآيسات، وقد ذكرنا الروايتين فى الآيسة، وذكرنا أن المختار عن أحمد استبراؤها بثلاثة أشهر، وههنا جعل مكان الحيضة شهرًا لأن اعتبار تكرارها فى الآيسة لتعلم براءتها من الحمل وقد علم براءتها منه ههنا بمضى غالب مدته فجعل الشهر مكان الحيضة على وفق القياس.

ينتفى الولد عنهما لقول القافة، لأن عمل القافة ترجيح أحد صاحبى الفراش لا فى النفى عن الفراش كله، ولهذا لو كان صاحب الفراش واحدًا فنفته القافة عنه لم ينتف بقولها، فأما إن ولدت لدون ستة أشهر من وطء الثانى ولأكثر من أربع سنين من فراق الأول لم يلحق بواحد منهما ولا تنقضى عدتها منه، لأنا نعلم أنه من وطء آخر فتنقضى به عدتها من ذلك الوطء ثم تتم عدة الأول وتستأنف عدة الثانى، لأنه قد وجد ما يقتضى عدة ثالثة وهو الوطء الذى حملت منه فيجب عليها عدتان وإتمام العدة الأولى.

7- مسألة: (والثانى أن ينكحها بعد انقضاء العدتين وعنه أنها تحرم عليه على التأبيد).

أما الزوج الأول فإن كان طلق ثلاثًا لم تحل له بهذا النكاح، وإن وطئ فيه، لأنه نكاح باطل، وإن طلق دون الثلاث فله نكاحها بعد العدتين، وإن كانت رجعية فله رجعتها فى عدتها منه.

وأما الزوج الثانى ففيه روايتان: **إحداهما**: تحرم عليه على التأبيد وبه قال مالك والشافعى فى القديم، لقول عمر رضي الله عنه: لا ينكحها أبدًا، ولأنه استعجل الحق فى غير وقته فحرمه فى وقته كالوارث إذا قتل مورثه، ولأنه يفسد النسب فيوقع التحريم المؤبد كاللعان، **والثانية**: تحل

---

(٦٧) تقدم برقم (٣٨) مسألة رقم (١٣٥٢).

فـصـل: وإن علمت ما رفع الحيض لم تزل فى الاستبراء حتى يعود الحيض فتستبرئ بنفسها بحيضة، إلا أن تصير آيسة فتستبرئ نفسها استبراء الآيسات، وإن ارتابت نفسها فهى كالحرة المستريبة، وقد ذكرنا حكمها فيما مضى من هذا الباب، والله تعالى أعلم.

١٣٦٠- **مسألة:** قال: (**وإن كانت حاملا فحتى تضع**).

وهذه بحمد الله لا خلاف فيها، فإن الله تعالى قال: ﴿**وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾ (الطلاق: ٤) وقال النبى : «لا توطأ حامل حتى تضع»(٦٨) ولأن عدة الحرة والأمة والمتوفى عنها والمطلقة واستبراء كل أمة إذا كانت حاملا بوضع حملها، وذلك لأن المقصود من العدة والاستبراء معرفة براءة الرحم من الحمل، وهذا يحصل بوضعه ومتى كانت حاملاً باثنين أو أكثر فلا ينقضى استبراؤها حتى تضع آخر حملها على ما ذكرنا فى المعتدة.

فصل: وإذا زوج أم ولده ثم مات عتقت ولم يلزمها استبراء، لأنها محرمة على المولى وليست له فراشًا وإنما هى فراش للزوج فلم يلزمها الاستبراء ممن ليست له فراشًا، ولأنه لم يزوجها حتى استبرأها فإنه لا يحل له تزويجها قبل استبرائها، فإن طلقها الزوج قبل دخوله بها فلا عدة عليها أيضًا، وإن طلقها بعد المسيس أو مات عنها قبل ذلك أو بعده فعليها عدة حرة كاملة لأنها قد صارت حرة فى حال وجوب العدة عليها، وإن مات سيدها وهى فى عدة الزوج

له، قال الشافعى فى الجديد: له نكاحها بعد قضاء عدة الأول ولا يمنع من نكاحها فى عدتها منه، لأنه وطء يلحق به النسب فلا يمنع من نكاحها فى عدتها منه كالوطء فى النكاح، ولأن العدة إنما شرعت حفظًا للنسب وصيانة للماء، والنسب لاحق به ههنا فأشبه ما لو خالعها ثم نكحها فى عدتها، قال شيخنا: وهذا قول حسن موافق للنظر.

ولنا: على إباحتها بعد العدتين أنه لا يخلو إما أن يكون تحريمها بالعقد أو بالوطء فى النكاح الفاسد أو بهما وجميع ذلك يقتضى التحريم بدليل ما لو نكحها بلا ولى ووطئها، ولأنه لو زنى بها لم تحرم عليه على التأبيد، فهذا أولى، ولأن آيات الإباحة عامة كقوله تعالى: ﴿**وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ**﴾ (النساء: ٢٤) وقوله: ﴿**وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ**﴾ (المائدة: ٥) فلا يجوز تخصيصها بغير دليل، وما روى عن عمر فى تحريمها فقد خالفه علىٌّ فيه، وروى عن عمر أنه رجع عن قوله فى التحريم إلى قول على فإن عليًا قال: إذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب، فقال عمر: ردوا الجهالات إلى السنة، ورجع إلى قول على(3)، وقياسهم يبطل بما إذا زنى بها، فإنه قد استعجل وطأها ولا تحرم عليه على التأبيد، ووجه تحريمها قبل قضاء عدة الثانى عليه قول الله تعالى: ﴿**وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ**﴾ (البقرة: ٢٣٥) ولأنه وطء يفسد به النسب فلم يجز النكاح فى العدة منه كوطء الأجنبى.

---

(٦٨) تقدم برقم (١٥) مسألة رقم (١٣٣٩).

(3) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٤١).

عتقت ولم يلزمها استبراء لما ذكرناه، ولأنه زال فراشه عنها قبل موته فلم يلزمها استبراء من أجله كغير أم الولد إذا باعها ثم مات، وتبنى على عدة أمة إن كان طلاقها بائنًا أو كانت متوفى عنها، وإن كانت رجعية بنت على عدة حرة على ما مضى، وإن بانت من الزوج قبل الدخول بطلاق أو بانت بموت زوجها أو طلاقه بعد الدخول فقضت عدته ثم مات سيدها فعليها الاستبراء لأنها عادت إلى فراشه، وقال أبو بكر: لا يلزمها استبراء إلا أن يردها السيد إلى نفسه لأن فراشه قد زال بتزويجها ولم يتجدد لها ما يردها إليه فأشبهت الأمة غير الموطوءة.

فصل: فإن مات زوجها وسيدها ولم تعلم أيهما مات أولاً فعلى قول أبى بكر ليس عليها استبراء، لأن فراش سيدها قد زال عنها ولم تعد إليه وعليها أن تعتد لوفاة زوجها عدة الحرائر، ولأنه يحتمل أن سيدها مات أولاً ثم مات زوجها وهى حرة فلزمها عدة الحرة لتخرج من العدة بيقين، وعلى القول الآخر إن كان بين موتهما شهران وخمسة أيام فما دون فليس عليها استبراء لأن السيد إن كان مات أولاً فقد مات وهى زوجته، وإن كان مات آخرًا فقد مات وهى معتدة، وليس عليها استبراء فى هاتين الحالتين وعليها أن تعتد بعد موت الآخر منهما عدة الحرة لما ذكرناه، وإن كان بين موتهما أكثر من ذلك فعليها بعد موت الآخر منهما أطول الأجلين من أربعة أشهر وعشر واستبراء بحيضة لأنه يحتمل أن يكون السيد مات أولاً فيكون عليها عدة الحرة من الوفاة، ويحتمل أنه مات آخرًا بعد انقضاء عدتها من الزوج وعودها إلى

فصل: إذا تزوج معتدة وهما عالمان بالعدة وبتحريم النكاح فيها ووطئها فهما زانيان عليهما حد الزنا ولا مهر لها ولا يلحقه النسب، وإن كانا جاهلين بالعدة أو بالتحريم ثبت النسب وانتفى الحد ووجب المهر، وإن علم هو دونها فعليه الحد والمهر ولا يلحقه النسب، وإن علمت هى دونه فعليها الحد ولا مهر لها ويلحقه النسب، وإنما كان كذلك لأن هذا نكاح متفق على بطلانه فأشبه نكاح ذوات المحارم.

8- مسألة: (وإن وطئ رجلان امرأة فعليها عدتان لهما لحديث عمر وعلى الذى ذكرناه فيما إذا تزوجت فى عدتها ولأنهما حقان مقصودان لآدميين، فلم يتداخلا كالدينين).

فصل: إذا خالع الرجل امرأته أو فسخ نكاحه فله أن يتزوجها فى عدتها فى قول الجمهور، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهرى والحسن وقتادة ومالك والشافعى وأصحاب الرأى، وشذ بعض المتأخرين فقال: لا يحل له نكاحها ولا خطبتها، لأنها معتدة.

ولنا: أن العدة لحفظ نسبه وصيانة مائه ولا يصان ماؤه عن مائه إذا كانا من نكاح صحيح فإذا تزوجها انقطعت العدة، لأن المرأة تصير فراشًا له بعقده، ولا يجوز أن تكون زوجته معتدة.

فصل: إذا طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانية بنت على ما مضى من العدة، لأنهما طلاقان لم يتخللهما وطء ولا رجعة فأشبها الطلقتين فى وقت واحد.

فراشه فلزمها الاستبراء بحيضة فوجب الجمع بينهما ليسقط الفرض بيقين، قال ابن عبد البر: وعلى هذا جميع القائلين من العلماء بأن عدة الأمة(٦٩) من سيدها بحيضة ومن زوجها شهران وخمس ليال، فإن جهل ما بين موتهما فالحكم فيه كما لو علمنا أن بينهما شهرين وخمس ليال احتياطًا لإسقاط الفرض بيقين كما أخذنا بالاحتياط فى الإيجاب بين عدة حرة وحيضة فيما إذا علمنا أن بينهما شهرين وخمس ليال، وقول أصحاب الشافعى فى هذا القول(٧٠) مثل قولنا، وكذلك قول أبى حنيفة وأصحابه إلا أنهم جُعلوا مكان الحيضة ثلاث حيضات بناء على أصلهم فى استبراء أم الولد.

وقال ابن المنذر: حكمها حكم الإماء وعليها شهران وخمسة أيام ولا أنقلها إلى حكم الحرائر إلا بإحاطة أن الزوج مات بعد المولى، وقيل: إن هذا قول أبى بكر عبد العزيز أيضًا والذى ذكرناه أحوط، فأما الميراث فإنها لا ترث من زوجها شيئًا لأن الأصل الرق والحرية مشكوك فيها فلم ترث مع الشك، والفرق بين الإرث والعدة أن إيجاب العدة عليها استظهار لا ضرر فيه على غيرها وإيجاب الإرث إسقاط لحق غيرها، ولأن الأصل تحريم النكاح عليها فلا يزول إلا بيقين، والأصل عدم الميراث لها فلا ترث إلا بيقين، **فإن قيل**: أفليس المفقود إذا ماتت زوجته وقف ميراثه منها مع الشك فى إرثه؟ **قلنا**: الفرق بينهما أن الأصل هاهنا الرق والشك فى زواله وحدوث الحال التى يرث فيها، والمفقود الأصل حياته والشك فى موته وخروجه عن كونه وارثًا فافترقا.

9- مسألة: (وإن راجعها ثم طلقها بعد دخوله بها استأنفت العدة من الطلاق الثانى، لأنه طلاق من نكاح اتصل به المسيس).

10- مسألة: (وإن طلقها قبل دخوله بها فهل تبنى أو تستأنف؟ على روايتين).

أولاهما: أنها تستأنف، لأن الرجعة أزالت شعث الطلاق الأول ورد بها النكاح الأول فصار الطلاق الثانى طلاقًا من نكاح اتصل به المسيس.

والثانية: تبنى، لأن الرجعة لا تزيد على النكاح الجديد، ولو نكحها ثم طلقها قبل المسيس لم يلزمها لذلك الطلاق عدة فكذلك الرجعة، فإن فسخ النكاح قبل الرجعة بخلع أو غيره احتمل أن يكون حكمه حكم الطلاق، لأن موجبها فى العدة موجب الطلاق ولا فرق بينهما، واحتمل أن تستأنف العدة، لأنهما جنسان بخلاف الطلاق، وإن لم يرتجعها بلفظه لكنه وطئها فى عدتها فهل تحصل بذلك رجعة؟ فيه روايتان:

إحداهما: تحصل فيكون حكمها حكم من ارتجعها بلفظه ثم وطئها سواه، **والثانية**: لا تحصل الرجعة به ويلزمها استئناف عدة، لأنه وطء فى نكاح تشعث فهو كوطء الشبهة وتدخل بقية عدة الطلاق فيها، لأنهما من رجل واحد، وإن حملت من هذا الوطء فهل تدخل فيها بقية

---

(٦٩) وفى نسخة: أم الولد.

(٧٠) هذا القول: فى نسخة «الفصل».

١٣٦١- **مسألة:** قال: (**وإن أعتق أم ولده أو أمة كان يصيبها لم تنكح حتى تحيض حيضة كاملة، وكذلك إن أراد أن يزوجها وهى فى ملكه استبرأها بحيضة ثم زوجها**).

لا يختلف المذهب فى أن الاستبراء ههنا بحيضة فى ذات القروء وهو قول الشافعى وهو قول الزهرى والثورى فيمن أراد تزويج أمة كان يصيبها، وقال أصحاب الرأى: ليس عليها استبراء لأن له بيعها فكان له تزويجها كالتى لا يصيبها، وقال عطاء وقتادة: عدتها حيضتان كعدة الأمة المطلقة.

ولنا: أنها فراش لسيدها فلم يجز أن تنتقل إلى فراش غيره بغير استبراء كما لو مات عنها ولأن هذه موطوءة وطًا له حرمة فلم يجز أن تتزوج قبل الاستبراء كالموطوءة بشبهة، وهذا لأنه إذا وطئها سيدها اليوم ثم زوجها فوطئها الزوج فى آخر اليوم أفضى إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب وهذا لا يحل، ويخالف البيع فإنها لا تصير به فراشًا ولا يحل لمشتريها وطؤها حتى يستبرئها فلا يفضى إلى اختلاط المياه، ولهذا يصح فى المعتدة والمزوجة بخلاف التزويج.

فصل: فإن لم تكن من ذوات القروء فاستبراؤها بما ذكرنا فى أم الولد، على ما شرحنا، ومفهوم كلام الخرقى أنها إذا كانت أمة لا يطؤها سيدها، لم يلزمها استبراء لأنها ليست فراشًا لسيدها فلم يلزمها الاستبراء كالمزوجة والمعتدة ولأن تركها باللاستبراء لا يفضى إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب بخلاف الموطوءة.

الأولى؟ على وجهين: **أحدهما**: تدخل، لأنهما من رجل واحد، **والثانى**: لا تدخل، لأنهما من جنسين فعلى هذا إذا وضعت حملها أتمت عدة الطلاق، وإن وطئها وهى حامل ففى تداخل العدتين وجهان.

وإن قلنا: تتداخلان، فانقضاؤهما معًا بوضع الحمل، وإن قلنا: لا تتداخلان، فانقضاء عدة الطلاق بوضع الحمل وتستأنف عدة الوطء بالقروء.

اا- **مسألة: (وإن طلقها طلاقًا بائنًا ثم نكحها فى عدتها ثم طلقها قبل دخوله بها فعلى روايتين)**.

إحداهما: تستأنف، وهو قول أبى حنيفة، لأنه طلاق لا يخلو من عدة فأوجب عدة مستأنفة كالأول.

والثانية: لا يلزمها استئناف عدة، اختارها شيخنا، وهو قول الشافعى ومحمد ابن الحسن، لأنه طلاق فى نكاح قبل المسيس فلم يوجب عدة لعموم قوله سبحانه: ﴿**ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا**﴾ (الأحزاب: ٤٩).

وذكر القاضى فى كتاب الروايتين أنه لا يلزمها استئناف العدة رواية واحدة لكن يلزمها

فــصــل: وإن مات عن أمة كان يصيبهـا فاستبراؤها بما ذكرنا فى أم الولد، لأنهـا فراش لسيدها فـأشبهت أم الولد إلا أنها إذا كانت من ذوات القـروء فاستبراؤها بحيـضة واحدة رواية واحدة لأنها لا تصير حرة.

فــصــل: وإن أعتق أم ولده أو أمته التى كان يصيبها أو غيرها ممن تحل له إصابتها فله أن يتزوجها فى الحال من غـير استبراء، لأن النبـى ﷺ : «أعتق صفية وتزوجهـا وجعل عتقها صداقـها»(٧١)، وقال النبـى ﷺ : «ثلاثة يوفـون أجرهم مرتين: رجل كانت له أمـة فأدبها فأحسن تأديبها، وعلمها فأحسن تعليمها، ثم أعتقها وتزوجها»(٧٢) ولم يذكر الاستبراء، ولأن الاستبراء لصيانة مائه وحفظه عن الاختلاط بماء غيره ولا يصان ماؤه عن مائه ولهذا كان له أن يتزوج مختلعته فى عدتها.

وقد روى عن أحمد فى الأمة الـتى لا يطؤها إذا أعتقها: لا يتزوجها بغـير استبراء لأنه لو باعها لم تحل للمـشترى بغير استبراء، والـصحيح أنه يحل له ذلك لأنه يحل له وطؤها بملك اليمين فكذلك بالنكاح كالتى كان يصيبها ولأن النبـى ﷺ أعتق صفية وتزوجها ولم ينقل أنه كان أصابها، والحديث الآخر يدل على حلها له بظاهره لدخولها فى العموم، ولأنها تحل لمن يتزوجهـا سواه فله أولى، ولأنه لو استبـرأها ثم أعتقهـا وتزوجها فى الحال كان جـائزًا حسنًا فكذلك هذه فإنه تارك لوطئها ولأن وجـوب الاستبراء فى حق غيره إنما كـان لصيانة مائه عن

إتمام بقـية العدة الأولى، لأن إسقـاطها يفضى إلى اخـتلاط المياه، لأنه يتـزوج امرأة ويطؤها ويخلعها ثم يتزوجها ويطلقها فى الحال ويتزوجها الثانى فى يوم واحد.

فــصــل: وإن خلعها حاملاً ثم طلقها وهى حـامل انقضت عدتها بوضع الحمل على كلتا الروايتـين ولا نعلم مـخالفًـا، ولا تنقضى عدتهـا قبل وضع حملها بغيـر خلاف نعلمه، وإن وضعت حملها قـبل النكاح الثانى فلا عدة عليها للطلاق من النكاح الثانى بغـير خلاف أيضًا، لأنه نكحها بعد قضاء عدة الأول، وإن وضعته بعد النكاح الثانى وقبل طلاقه فمن قال: يلزمها استـئناف عدة، أوجب عليها الاعـتداد بعد الطلاق الثـانى بثلاثة قروى، ومن قال: لا يلزمـها استـئناف عدة، لم يوجب عليـها هـٰهنا عـدة، لأن العدة الأولى انقضـت بوضع الحمل إذ لا يجوز أن تعتد الحامل بغير وضعه، وإن كـانت من ذوات القروء أو الشهور فنكحها الثانى بعد مضى قـرء أو شهر ثم مضى قـرءان أو شهر قبل طلاقـه من النكاح الثانى فقـد انقطعت العدة بالنكاح الثانى.

---

(٧١) تقدم برقم (١٦) مسألة رقم (١٠٩٩).

(٧٢) أخـرجه البـخارى فى صحـيحه (٤/ ١٧٤) وفـى الأدب المفـرد (٣١) ومسلم (١/ ٩٣) والنسـائى (٢/٨٧) والدارمى (٢/ ١٥٤، ١٥٥) والطيالسى (٥٢٠) وسـعيد بن منصور (٩١٣، ٩١٤) وأحـمد فى «مسنده» (٤/ ٤٠٢، ٤٠٥) والطبرانى فى الصغير (ص ٢٢).

الاختلاط بغيره ولا يوجد ذلك ههنا وكلام أحمد محمول على من اشتراها ثم تزوجها قبل أن يستبرئها.

فصل: وإن اشترى أمة فأعتقها قبل استبرائها لم يجز أن يتزوجها حتى يستبرئها، وبهذا قال الشافعي، وقال أصحاب الرأى: له ذلك، ويحكى أن الرشيد اشترى جارية فتاقت نفسه إلى جماعها قبل استبرائها فأمره أبو يوسف أن يعتقها ويتزوجها ويطأها، قال أبو عبد الله: وبلغنى أن المهدى اشترى جارية فأعجبته فقيل له: أعتقها وتزوجها: قال أبو عبد الله: سبحان الله ما أعظم هذا؟ أبطلوا الكتاب والسنة، جعل الله على الحرائر العدة من أجل الحمل فليس من امرأة تطلق أو يموت زوجها إلا تعتد من أجل الحمل وسن رسول الله ﷺ استبراء الأمة بحيضة من أجل الحمل ففرج يوطأ يشتريه ثم يعتقها على المكان فيتزوجها فيطؤها، يطؤها رجل اليوم ويطؤها الآخر غداً فإن كانت حاملا كيف يصنع؟ هذا نقض الكتاب والسنة، قال النبى ﷺ: «لا توطأ الحامل حتى تضع ولا غير الحامل حتى تحيض»(٧٣) وهذا لا يدرى أهى حامل أم لا؟ ما أسمج هذا؟ قيل له: إن قوماً يقولون هذا، فقال: قبح الله هذا وقبح من يقوله، وفيما نبه عليه أبو عبد الله من الأحاديث كفاية مع ما ذكرنا فيما قبل هذا الفصل.

إذا ثبت هذا فليس له تزويجها لغيره قبل استبرائها إذا لم يعتقها لأنها ممن يجب استبراؤها فلم يجز أن يتزوج كالمعتدة وسواء فى ذلك المشتراة من رجل يطؤها أو من رجل

وإن قلنا: تستأنف العدة، فعليها عدة تامة بثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر، وإن قلنا: تبنى، أتمت العدة الأولى بقرأين أو شهرين.

فصل: فإن طلقها طلاقاً رجعياً فنكحت فى عدتها من وطئها فقد ذكرنا أنها تبنى على عدة الأول ثم تستأنف عدة الثانى، ولزوجها الأول رجعتها فى بقية عدتها منه، لأن الرجعة إمساك للزوجة وطريان الوطء من أجنبى على النكاح لا يمنع الزوج إمساك زوجته كما لو كانت فى صلب النكاح، وقيل: ليس له رجعتها، لأنها محرمة عليه فلم يصح له ارتجاعها كالمرتدة، والصحيح الأول فإن التحريم لا يمنع الرجعة كالإحرام، ويفارق الردة، لأنها جارية إلى بينونة بعد الرجعة بخلاف العدة، وإذا انقضت عدتها منه فليس له رجعتها فى عدة الثانى، لأنها ليست منه وإذا ارتجعها فى عدتها من نفسه وكانت بالقروء أو بالأشهر انقطعت عدته بالرجعة وابتدأت عدة من الثانى ولا يحل له وطؤها حتى تنقضى عدة الثانى كما لو وطئت بشبهة فى صلب نكاحه.

وإن كانت معتدة بالحمل لم يكن شروعها فى عدة الثانى قبل وضع الحمل، لأنها بالقروء فإذا وضعت حملها شرعت فى عدة الثانى وتتقدم عدة الثانى عن الأول فإذا أكملتها شرعت

---

(٧٣) تقدم برقم (١٥).

قد استبرأها ولم يطأها أو ممن لا يمكنه الوطء كالصبى والمرأة والمجبوب، وقال الشافعى: إذا اشتراها ممن لا يطؤها فله تزويجها سواء أعتقها أو لم يعتقها وله أن يتزوجها إذا أعتقها لأنها ليست فراشًا وقد كان لسيدها تزويجها قبل بيعها فجاز ذلك بعد بيعها، ولأنها لو عتقت على البائع بإعتاقه أو غيره لجاز لكل أحد نكاحه فكذلك إذا أعتقها المشترى.

ولنا: عموم قوله ﷺ: «لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة» ولأنها أمة يحرم عليه وطؤها قبل استبرائها فحرم عليه تزويجها والتزوج بها كما لو كان بائعها يطؤها، فأما إن أعتقها فى هذه الصورة فله تزويجها لغيره لأنها حرة لم تكن فراشًا فأبيح لها النكاح كما لو أعتقها البائع، وفارق الموطوءة فإنها فراش يجب عليها استبراء نفسها إذا أعتقت فحرم عليها النكاح كالمعتدة، وفارق ما إذا أراد سيدها نكاحها فإنه لم يكن له وطؤها بملك اليمين فلم يكن له أن يتزوجها كالمعتدة ولأن هذا يتخذ حيلة على إبطال الاستبراء فمنع منه بخلاف تزويجها لغيره.

فصل: وإن كانت له أمة يطؤها فاستبرأها ثم أعتقها لم يلزمها لأنها خرجت عن كونها فراشًا باستبرائه لها، وإن باعها فأعتقها المشترى قبل وطئها لم تحتج إلى استبراء لذلك، وإن باعها قبل استبرائها فأعتقها المشترى قبل وطئها واستبرائها فعليها استبراء نفسها، وإن مضى بعض الاستبراء فى ملك المشترى لزمها إتمامه بعد عتقها ولا ينقطع بانتقال الملك فيها لأنها لم تصر فراشًا للمشترى ولم يلزمها استبراء بإعتاقه.

فصل: وإذا كانت الأمة بين شريكين فوطئاها لزمها استبراءان، وقال أصحاب الشافعى

فى إتمام عدة الأول، وله حينئذ أن يرتجعها، لأنها فى عدته، وإن أحب أن يرتجعها فى حال حملها ففيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك، لأنها ليست فى عدته وهى محرمة عليه فأشبهت الأجنبية أو المرتدة.

والثانى: له رجعتها، لأن عدتها منه لم تنقض وتحريمها لا يمنع رجعتها كالمحرمة.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: **(ويجب الإحداد على المعتدة من الوفاة، وهل يجب على البائن؟ على روايتين، ولا يجب على الرجعية والموطوءة بشبهة أو زنا أو فى نكاح فاسد أو بملك اليمين)**.

لا نعلم خلافًا بين أهل العلم فى وجوب الإحداد على المتوفى عنها زوجها إلا عن الحسن فإنه قال: لا يجب الإحداد، وهو قول شذ به عن أهل العلم وخالف فيه السنة فلا يعرج عليه.

12- مسألة: (ويستوى فى وجوبه الحرة والأمة والمسلمة والذمية والكبيرة والصغيرة وقال أصحاب الرأى: لا إحداد على ذمية ولا صغيرة، لأنهما غير مكلفين).

فى أحد الوجهين يلزمها استبراء واحد لأن القصد معرفة براءة الرحم ولذلك لا يجب الاستبراء بأكثر من حيضة واحدة وبراءة الرحم تعلم باستبراء واحد.

ولنا: أنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالعدتين ولأنهما استبراءان من رجلين فأشبها العدتين، وما ذكروه يبطل بالعدتين من رجلين.

١٣٦٢- مسألة: قال: **(ومن ملك أمة لم يصبها ولم يُقَبِّلها حتى يستبرئها بعد تمام ملكه لها بحيضة إن كانت ممن تحيض أو بوضع الحمل إن كانت حاملاً أو بمضى ثلاثة أشهر إن كانت من الآيسات أو من اللائى لم يحضن).**

وجملته: أن من ملك أمة بسبب من أسباب الملك كالبيع والهبة والإرث وغير ذلك لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها بكرًا كانت أو ثيبًا صغيرة كانت أو كبيرة ممن تحمل أو ممن لا تحمل، وبهذا قال الحسن وابن سيرين وأكثر أهل العلم منهم مالك والشافعى وأصحاب الرأى، وقال ابن عمر: لا يجب استبراء البكر، وهو قول داود لأن الغرض بالاستبراء معرفة براءتها من الحمل وهذا معلوم فى البكر فلا حاجة إلى الاستبراء، وقال الليث: إن كانت ممن لا يحمل مثلها لم يجب استبراؤها لذلك، وقال عثمان البتى، يجب الاستبراء على البائع دون المشترى لأنه لو زوجها لكان الاستبراء على المزوج دون الزوج كذلك ههنا.

ولنا: ما روى أبو سعيد: «أن النبى ﷺ نهى عام أوطاس أن توطأ حامل حتى تضع ولا

ولنا: عموم الأحاديث التى نذكرها إن شاء الله، ولأن غير المكلفة تساوى المكلفة فى اجتناب المحرمات كالخمر والزنا وإنما يفترقان فى الإثم فكذلك الإحداد، ولأن حقوق الذمية فى النكاح كحقوق المسلمة فكذلك فيما عليها.

13- مسألة: (وهل يجب على البائن؟ على روايتين).

إحداهما: يجب عليها، وهو قول سعيد بن المسيب وأبى عبيد وأبى ثور وأصحاب الرأى.

والثانية: لا يجب عليها، وهو قول عطاء وربيعة ومالك وابن المنذر ونحوه قال الشافعى، لأن النبى ﷺ قال: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا»(4) وهذه عدة الوفاة فيدل على أن الإحداد إنما يجب فى عدة الوفاة، ولأنها معتدة من غير وفاة فلم يجب عليها الإحداد كالرجعية والموطوءة بشبهة، ولأن الإحداد فى عدة الوفاة لإظهار الأسف على فراق زوجها وموته فأما الطلاق فإنه فارقها باختيار نفسه وقطع نكاحها فلا معنى لتكلفها الحزن عليه، ولأن المتوفى عنها لو أتت بولد لحق الزوج وليس له من ينفيه فاحتيط عليها بالإحداد لئلا يلحق بالميت من ليس منه بخلاف

(4) أخرجه البخارى (٣/ ح١٢٨١/ فتح) ومسلم (٢/ طهارة/ ١١٢٣).

غير حامل حتى تحيض» رواه أحمد فى المسند(٧٤)، وعن رويفع بن ثابت قال: إننى لا أقول إلا ما سمعته من رسول الله ﷺ، سمعته يقول: «لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبى حتى يستبرئها بحيضة»(٧٥) رواه أبو داود، وفى لفظ قال: سمعت رسول الله ﷺ يوم خيبر يقول: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقى ماءه زرع غيره ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبى حتى يستبرئها بحيضة»(٧٦) رواه الأثرم، ولأنه ملك جارية محرمة عليه فلم تحل له قبل استبرائها كالثيب التى تحمل، ولأنه سبب موجب للاستبراء فلم يفترق الحال فيه بين البكر والثيب والتى تحمل والتى لا تحمل كالعدة قال أبو عبد الله: قد بلغنى أن العذراء تحمل، فقال له بعض أهل المجلس: نعم قد كان فى جيراننا، وذكر ذلك بعض أصحاب الشافعى، وما ذكروه يبطل بما إذا اشتراها من امرأة أو صبى أو ممن تحرم عليه برضاع أو غيره، وما ذكره البتى لا يصح لأن الملك قد يكون بالسبى والإرث والوصية فلو لم يستبرئها المشترى أفضى إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب، والفرق بين البيع والتزويج أن النكاح لا يراد إلا للاستمتاع فلا يجوز إلا فيمن تحل له فوجب أن يتقدمه الاستبراء، ولهذا لا يصح تزويج معتدة ولا مرتدة ولا مجوسية ولا وثنية ولا محرمة بالرضاع ولا المصاهرة، والبيع يراد لغير ذلك فصح قبل الاستبراء، ولهذا صح فى هذه المحرمات ووجب الاستبراء على المشترى لما ذكرناه، فأما الصغيرة التى لا يوطأ مثلها فظاهر

المطلقة فإن زوجها باق فهو يحتاط عليها لنفسه وينفى ولدها إن كان من غيره، ووجه الرواية الأولى أنها معتدة بائن من نكاح فلزمها الإحداد كالمتوفى عنها زوجها، وذلك لأن العدة تحرم النكاح فحرمت دواعيه بخلاف الرجعية فإنها زوجة، والموطوءة بشبهة ليست معتدة من نكاح فلم تكمل الحرمة، فأما الحديث فإنما مدلوله تحريم الإحداد على ميت غير الزوج، ونحن نقول به، ولهذا جاز الإحداد ههنا بالإجماع، فإذا قلنا: يلزمها الإحداد، فحكمها حكم المتوفى عنها زوجها من توقى الطيب والزينة فى نفسها على ما نذكره إن شاء الله.

وذكر شيخنا فى كتاب الكافى: أن المختلعة كالبائن فيما ذكرناه من الخلاف والصحيح أنه لا يجب عليها، لأنها يحل لزوجها الذى خالعها أن يتزوجها فى عدتها بخلاف البائن بالثلاث.

---

(٧٤) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٣/ ٢٨، ٦٦، ٨٧) وإسناده صحيح، وأوطاس واد فى ديار هوازن فيه كانت وقعة حُنين للنبى ﷺ ببنى هوازن ويومئذ قال النبى ﷺ: حمى الوطيس وذلك حين استقرت الحرب، وهو ﷺ أول من قاله... اهـ. معجم البلدان (١/ ٢٨١).

(٧٥) تقدم برقم (٦٦).

(٧٦) انظر تخريجه فى الحديث برقم (٦٦).

كلام الخرقى تحريم قبلتهـا ومباشرتها لشهوة قبل استبرائهـا، وهو ظاهر كلام أحمد وفى أكثر الروايات عنه قال: تستبرأ وإن كانت فى المهد، وروى عنه أنه قال: إن كانت صغيرة بأى شىء تستبـرأ إذا كانت رضيعـة؟ وقال فى رواية أخرى: تستبـرأ بحيضة إذا كانـت ممن تحيض وإلا بثلاثة أشـهر إن كـانت مـمن توطأ وتحـبل، فظاهر هذا أنه لا يجب اسـتبـراؤها ولا تحـرم مباشرتـها، وهذا اختيار أبـى موسى وقـول مالك وهو الصحيح، لأن سبب الإباحة مـتحقق، وليس على تحريمها دليل فـإنه لا نص فيه ولا معنى نص لأن تحريم مباشرة الكـبيرة إنما كان لكونه داعيًا إلى الوطء المحرم أو خشـية أن تكون أم ولد لغيره ولا يتوهم هذا فى هذه فوجب العمل بمقـتضى الإباحة، فأما من يمكن وطؤها فلا تحل قـبلتها ولا الاستمتـاع منها بما دون الفرج قبل الاستبراء إلا المَسْبية على إحدى الروايتين، وقال الحسن: لا يحرم من المشتراة إلا فرجهـا وله أن يستمتع منـها بما شاء ما لم يـمس ﷺ لأن النّبـى إنما نهى عن الوطء ولأنه تحريم للوطء مع ثبوت الملك فاختص بالفرج كالحيض.

ولنا: أنه استبراء يحرم الوطء فحرم الاستمـتاع كالعدة ولأنه لا يأمن من كونها حاملاً من بائعها فـتكون أم ولد والبيع باطل فيكون مـستمتـعًا بأم ولد غيره، وبهذا فـارق تحريم الوطء للحيض، فأما المسبية فظاهر كلام الخرقى تحريم مباشرتها فيما دون الفرج لشهوة وهو الظاهر عن أحمـد لأن كل استبراء حـرم الوطء حرم دواعيه كـالعدة، ولأنه داعية إلى الوطء المـحرم لأجل اختلاط الميـاه واشتباه الأنساب، فأشـبهت المبيعة، وروى عن أحـمد أنه لا يحرم لما روى عن ابن عمر أنه قال: «وقع فى سهمى يوم جلولاء(٧٧) جارية كأن عنقها إبريق فضة فما ملكت نفسى أن قمت إليها فقبلتها والناس ينظرون»(٧٨).

14- مسألة: (ولا إحداد على الرجعية بغير خلاف نعلمه).

لأنها فى حكم الزوجات لها أن تتزين لزوجها وتستـشرف له ليرغب فيها وتنفق عنده كما تفعـل فى صلب النكاح، ولا إحداد على المنكـوحة نكاحًـا فاسدًا لأنهـا ليست زوجـة على الحقيقة ولا لهـا من كانت تحل له وتحزن على فقده، وكذلك الموطوءة بشـبهة والمزنى بها، ولا إحداد على غيـر الزوجات كأم الولد إذا مات سـيدها، والأمة التى يطؤها سـيدها إذا مات عنها لقول النبى ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا».

---

(٧٧) **جلولاء**: ناحية من نواحى الوادى فى طريق خرسان فتحها المسلمون فى السنة التاسعة عشرة.
معجم البلدان (٢/ ١٥٦) و البداية والنهاية (٧/ ٦٩).

(٧٨) أخرجـه ابن أبى شيـبة فى «مصنفـه» من كتـاب «النكاح» باب فى الرجل يشتـرى الأمة يصـيب منها شيـئًا... (٣/ ٥/ ٣٤٦، ٣٤٧) من طريق على بن زيد عـن أيوب اللخمى... قـال: وقعت لابن عمر جارية... فذكره، وإسناده ضعيف، على بن زيد بن جدعان ضعيف.

ولأنه لا نص فى المسبية ولا يصح قياسها على المبيعة لأنها تحتمل أن تكون أم ولد للبائع، فيكون مستمتعًا بأم ولد غيره ومباشرًا لمملوكة غيره والمسبية مملوكة له على كل حال وإنما حرم وطؤها لئلا يسقى ماءه زرع غيره، وقول الخرقى بعد تمام ملكه لها يعنى أن الاستبراء لا يكون إلا بعد ملك المشترى لجميعها، ولو ملك بعضها ثم ملك باقيها لم يحتسب الاستبراء إلا من حين ملك باقيها، وإن ملكها ببيع فيه الخيار انبنى على نقل الملك فى مدته، فإن قلنا: ينتقل، فابتداء الاستبراء من حين البيع، وإن قلنا: لا ينتقل، فابتداؤه من حين انقطع الخيار، وإن كان المبيع معيبًا فابتداء الخيار من حين البيع لأن العيب لا يمنع نقل الملك بغير خلاف، وهل يبتدأ الاستبراء من حين البيع قبل القبض أو من حين القبض؟ فيه وجهان: **أحدهما:** من حين البيع لأن الملك ينتقل به، **والثانى:** من حين القبض لأن القصد معرفة براءتها من ماء البائع، ولا يحصل ذلك مع كونها فى يده، وإن اشترى عبده التاجر أمة فاستبرأها ثم صارت إلى السيد حلت له بغير استبراء لأن ملكه ثابت على ما فى يد عبده فقد حصل استبراؤها فى ملكه، وإن اشترى مكاتبه أمة فاستبرأها ثم صارت إلى سيده فعليه استبراؤها لأن ملكه تجدد عليها إذ ليس للسيد ملك على ما فى يد مكاتبه إلا أن تكون الجارية من ذوات محارم المكاتب، فقال أصحابنا تباح للسيد بغير استبراء، لأنه يصير حكمها حكم المكاتب إن رق رقت وإن عتق عتقت، والمكاتب عبد ما بقى عليه درهم، والاستبراء الواجب ههنا فى حق الحامل بوضعه بلا خلاف، وفى ذات القروء بحيضة فى قول أكثر أهل العلم، وقال سعيد بن المسيب وعطاء: بحيضتين، وهو مخالف للحديث الذى رويناه وللمعنى، فإن المقصود معرفة براءتها من الحمل وهو حاصل بحيضة وفى الآيسة والتى لم تحض والتى ارتفع حيضها بما ذكرناه فى أم الولد على ما مضى من الخلاف فيه.

فصل: ومن ملك مجوسية أو وثنية فأسلمت قبل استبرائها لم تحل له حتى يستبرئها أو تتم ما بقى من استبرائها لما مضى، وإن استبرأها ثم أسلمت حلت له بغير استبرائها، وقال الشافعى: لا تحل له حتى تجدد استبراءها بعد إسلامها لأن ملكه تجدد على استمتاعها فأشبهت من تجدد ملكه على رقبتها.

ولنا: قوله ﷺ: «لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة» وهذا ورد فى سبايا أوطاس وكن مشركات ولم يأمر فى حقهن بأكثر من حيضة، ولأنه لم يتجدد ملكه عليها ولا أصابها وطء من غيره فلم يلزمه استبراؤها كما لو حلت المحرَّمة ولأن الاستبراء إنما وجب كيلا يفضى إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب ومظنة ذلك تجدد الملك على رقبتها ولم يوجد، ولو باع أمته ثم ردت عليه بفسخ أو إقالة بعد قبضها أو افتراقهما لزمه استبراؤها لأنه تجديد ملك سواء كان المشترى لها امرأة أو غيرها، فإن كان ذلك قبل افتراقهما أو قبل غيبة المشترى بالجارية ففيها روايتان: **إحداهما:** عليه الاستبراء وهو مذهب الشافعى لأنه تجديد ملك، **والثانية:** ليس عليه استبراء وهو قول أبى حنيفة إذا تقايلا قبل القبض لأنه لا فائدة فى الاستبراء مع تعين البراءة.

فــصــل: وإذا زوج الرجل أمته فطلقها الزوج لم يلزم السيد استبراؤها، ولكن إن طلقت بعد الدخول أو مات عنها فعليها العدة، ولو ارتدت أمته أو كاتبها ثم أسلمت المرتدة وعجزت المكاتبة حلت لسيدها بغير استبراء، وبهذا قال أبو حنيفة.

وقال الشافعي: يجب عليـه الاستبراء فى هذا كله، لأنه زال ملكه عن استمتـاعها ثم عاد فأشبهت المشتراة.

ولنا: أنه لم يتجدد ملكه عليـها فأشبهت المحرمـة إذا حلت والمرهونة إذا فكت، فإنه لا خلاف فى حلهمـا بغير استبراء ولأن الاسـتبراء شرع لمعنى مظنته تجـدد الملك فلا يشرع مع تخلف المظنة والمعنى.

فــصــل: وإن اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قـبل الدخول لم تبح بغير استبراء، نص عليه أحمد وقال: هذه حيلة وضعها أهل الرأى، لا بد من استبراء.

ووجـــه ذلك أن هذه تجدد الملك فيـها ولم يحصل استبراؤهـا فى ملكه فلم تحل بغير استبراء كما لو لم تكن مزوجة ولأن إسـقاط الاستبراء ههنا ذريعة إلى إسقاطه فى حق من أراد إسقاطه بأن يزوجها عند بيـعها ثم يطلقها زوجها بعد تمام البيع، والـحيل حرام، فأما إن كان الزوج دخل بها ثم طلقها فعليها العدة ولا يلزم المـشترى استبراؤها لأن ذلك قد حصل بالعدة ولأنها لو عتقت لم يجب عليها مع العدة استبراء، ولأنها قد استبرأت نفسها ممن كانت فراشًا له فأجزأ ذلك كما لو كانت استبرأت نفسـها من سيدها إذا كانت خالية من زوج، وإن اشتراها وهى معتدة من زوجها لم يجب عليها استبراء لأنها لم تكن فراشًا لسيدها وقد حصل الاستبراء من الزوج بالعدة، ولذلك لو عتقت فى هذه الحال لم يجب عليها استبراء، وقال أبو الخطاب فى المزوجة: هل يدخل الاستبراء فى العدة؟ على وجهين.

وقال القاضى فى المعتدة: يلزم السيد استـبراؤها بعد قضاء العدة ولا يتداخلان لأنهما من رجلين ومفهوم كلام أحـمد ما ذكرناه أولاً لأنه علل فيما قبل الدخول بأنهـا حيلة وضعها أهل الرأى ولا يوجد ذلك ههنا، ولا يصح قولهم: إن الاستبراء من رجلين فإن السيد هاهنا ليس له استبراء.

فــــصــــل: وإن كانت الأمـة لرجلين فوطئاها ثم باعـاها لرجل أجزأه استبـراء واحد لأنه يحصل به معرفة البراءة، **فإن قيل:** فلو أعتقها لألزمتموها استبراءين، **قلنا:** وجوب الاستبراء فى حق المعـتقة معلل بالوطء ولذلك لو أعـتقها وهى ممـن لا يطؤها لم يلزمها استـبراء وقد وجد الوطء من اثنين فلزمها حكم وطئهما، وفى مسألتنا هو معلل بتجديد الملك لا غير ولهذا يجب على المشـترى الاستبراء سـواء كان سيدها يطؤها أو لم يكن والمـلك واحد فوجب أن يتجدد الاستبراء.

فــصــل: وإذا اشترى الرجل زوجته الأمـة لم يلزمه استبراؤها، لأنها فراش له فلم يلزمه استـبراؤها من مائه لكن يستـحب ذلك ليعلم هل الولد من النكاح فـيكون عليه ولاء له، لأنه

عتق بملكه له ولا تـصير به الأمة أم ولد، أو هو حـادث فى ملك يمينه فـلا يكون عليه ولاء وتصير به الأمة أم ولد، ومتى تبين حملها فله وطؤها لأنه قد علم الحمل وزال الاشتباه.

فـصـل: وإن وطئ الجارية التى يلزمه استبراؤها قبل استبرائها أثم، والاستبراء باق بحاله لأنه حق عليه فلا يسقط بعـدوانه، فإن لم تعلق منه استبرأها بما كان يستـبرئها به قبل الوطء، وتبنى على ما مضى من الاستبراء، وإن علقت منه فمتى وضـعت حملها استبرأها بحيضة ولا يحل له الاستمـتاع منها فى حال حـملها لأنه لم يستبرئـها وإن وطئها وهى حامل حـملاً كان موجودًا حـين البيع من غير البائع فـمتى وضعت حملهـا انقضى استبراؤها، قـال أحمد: ولا يلحق بالمشترى ولا يتبعه ولكن يعتقه لأنه قد شرك فيه لأن الماء يزيد فى الولد.

وقد روى أبو داود بإسناده عن أبى الدرداء عن النبى ﷺ أنه مر بامرأة مجح على باب فسطاط فقـال: «لعله يريد أن يلم بها» فقالوا: نعم، فقال رسـول الله ﷺ: «لقد هممت أن ألعنه لعنًا يدخل معه قبره، كيف يورثه وهو لا يحل له أو كيف يستخدمه وهو لا يحل له»(٧٩) ومعناه أنه إن اسـتلحقه وشـركه فى ميـراثه لم يحل له لأنه ليس بوالده وإن اتخذه مـملوكًا لم يحل له لأنه قد شرك فيه لكون الوطء يزيـد فى الولد، وعن ابن عباس قال: «نهى رسول الله ﷺ عن وطء الحبالى حتى يضعن ما فى بطونهن»(٨٠) رواه النسائى والترمذى.

فـــصـــل: ومن أراد بيع أمتـه فإن كان لا يطؤها لم يلزمـه استبراؤها لكن يستحب ذلك ليعلم خلوها من الحمل فيكون أحـوط للمشترى وأقطع للنزاع، قال أحمـد: وإن كان لامرأة فإنى أحب أن لا تبيعـها حتى تستبرئها بـحيضة فهو أحوط لهـا، وإن كان يطؤها وكانت آيسة فليس عليه استبـراؤها لأن انتفاء الحمل معلوم، وإن كانت ممن تحمل وجب عـليه استبراؤها وبه قال النخعى والثـورى، وعن أحمد رواية أخرى: لا يجب عليه استـبراؤها، وهو قول أبى حنيفة ومالك والشافعى، لأن عبد الرحمن بن عوف باع جارية كان يطؤها قبل استبرائها، ولأن الاستبراء على المـشترى فلا يجب على البائع فإن الاستبـراء فى حق الحرة آكد ولا يجب قبل النكاح وبعده، كذلك لا يجب فى الأمة قبل البيع وبعده.

ولنا: أن عمـر أنكر على عبد الرحـمن بن عوف بيع جارية كـان يطؤها قبل استبـرائها، فروى عبد الله بن عبيد بن عمير قـال: باع عبد الرحمن بن عوف جارية كان يقع عليها قبل أن يستبرئها فظهر بها حمل عند الذى اشتراها فخـاصموه إلى عمر فقال له عمر كنت تقع عليها؟ قال: نعم، قال: فبعـتها قبل أن تستبرئها؟ قال: نعم، قـال: ما كنت لذلك بخليق، قال فدعا القافة فنظروا إليـه فألحقوه به(٨١)، ولأنه يجب على المشترى الاستـبراء لحفظ مائه فكذلك

(٧٩) تقدم فى المسألة (١١٦٣) برقم (٥٠).

(٨٠) أخرجه النسائى فى «سننـه» من كتاب «البيوع» (٧/ ح٤٦٥٩) وإسناده صحيح، والتـرمذى فى «السير» (٤/ ح١٥٦٤).

(٨١) أخرجه ابن أبى شيبة فى «مصنفه» (٣/ ١/ ٣٤٧).

البائع ولأنه قبل الاستبراء مشكوك فى صحة البيع وجوازه لاحتمال أن تكون أم ولد فيجب الاستبراء لإزالة الاحتمال فإن خالف وباع فالبيع صحيح فى الظاهر لأن الأصل عدم الحمل ولأن عمر وعبد الرحمن لم يحكما بفساد البيع فى الأمة التى باعها قبل استبرائها إلا بلحاق الولد به، ولو كان البيع باطلاً قبل ذلك لم يحتج إلى ذلك، وذكر أصحابنا الروايتين فى كل أمة يطؤها من غير تفريق بين الآيسة وغيرها، والأولى أن ذلك لا يجب فى الآيسة لأن علة الوجوب احتمال الحمل وهو وهم بعيد، والأصل عدمه فلا نثبت به حكمًا بمجرده.

فصل: وإذا اشترى جارية فظهر بها حمل لم يخل من أحوال خمسة:

أحدها: أن يكون البائع أقر بوطئها عند البيع أو قبله وأتت بولد لدون ستة أشهر أو يكون البائع ادعى الولد فصدقه المشترى، فإن الولد يكون للبائع والجارية أم ولد له والبيع باطل.

الحال الثانى: أن يكون أحدهما: استبرأها ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطئها المشترى، فالولد للمشترى والجارية أم ولد له.

الحال الثالث: أن تأتى به لأكثر من ستة أشهر بعد استبراء أحدهما لها ولأقل من ستة أشهر منذ وطئها المشترى فلا يلحق نسبه بواحد منهما ويكون ملكًا للمشترى ولا يملك فسخ البيع لأن الحمل تجدد فى ملكه ظاهرًا فإن ادعاه كل واحد منهما فهو للمشترى لأنه ولد فى ملكه مع احتمال كونه منه، وإن ادعاه البائع وحده وصدقه المشترى لحقه وكان البيع باطلاً، وإن كذبه فالقول قول المشترى فى ملك الولد ولأن الملك انتقل إليه ظاهرًا فلم تقبل دعوى البائع فيما يبطل حقه كما لو أقر بعد البيع أن الجارية مغصوبة أو معتقة وهل يثبت نسب الولد من البائع؟ فيه وجهان: **أحدهما:** يثبت لأنه نفع للولد من غير ضرر على المشترى فيقبل قوله فيه كما لو أقر لولده بمال، **والثانى:** لا يقبل لأن فيه ضررًا على المشترى فإنه لو أعتقه كان أبوه أحق بميراثه منه، ولذلك لو أقر عبدان كل واحد منهما أنه أخو صاحبه لم يقبل إلا ببينة.

الحال الرابع: أن تأتى به بعد ستة أشهر منذ وطئها المشترى قبل استبرائها فنسبه لاحق بالمشترى فإن ادعاه البائع فأقر له المشترى لحقه وبطل البيع، وإن كذبه فالقول قول المشترى، وإن ادعى كل واحد منهما أنه من الآخر عرض على القافة فألحق بمن ألحقته به لحديث عبد الرحمن بن عوف ولأنه يحتمل كونه من كل واحد منهما، وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما، وينبغى أن يبطل البيع وتكون أم ولد للبائع لأننا نتبين أنها كانت حاملاً منه قبل بيعها.

الحال الخامس: إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ باعها ولم يكن أقر بوطئها، فالبيع صحيح فى الظاهر والولد مملوك للمشترى، فإن ادعاه البائع فالحكم فيه كما ذكرنا فى الحال الثالث سواء.

١٣٦٣- مسألة: قال: **(وتجتنب الزوجة المتوفى عنها زوجها الطيب والزينة والبيتوتة فى غير منزلها والكحل بالإثمد والنقاب).**

هذا يسمى الإحداد، ولا نعلم بين أهل العلم خلافًا فى وجوبه على المتوفى عنها زوجها

إلا عن الحسن فإنه قال: لا يجب الإحـداد، وهو قول شذ به عن أهل العلم وخالف به السنة فلا يعرج عليه، ويستوى فى وجوبه الحرة والأمة والمـسلمة والذمية والكبيرة والصغيرة، وقال أصحاب الرأى: لا إحداد على ذمية ولا صغيرة لأنهما غير مكلفتين.

ولنا: عمـوم الأحاديث التى سنذكـرها، ولأن غير المكلفة تساوى الملكفـة فى اجتناب المحـرمات كالخـمر والزنا وإنما يفـترقان فى الإثم فكذلك الإحـداد ولأن حقوق الذمـية فى النكاح كحقوق المسلمة فيما عليها.

فـصــل: ولا إحـداد على غـيـر الزوجـات، كـأم الولد إذا مات سـيدها، قـال ابن المنذر[٨٢]: لا أعلمهم يختلفون فى ذلك وكذلك الأمة التى يطؤها سيدها إذا مات عنها ولا الموطوءة بشبـهة ولا المزنى بها لقول النبـى ﷺ: «لا يحل لامـرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا»[٨٣] ولا إحداد على الرجعية بغير خـلاف نعلمه لأنها فى حكم الزوجات لهـا أن تتزين لزوجها وتسـتشرف له ليرغب فـيها وتنفق عنده كما تفعل فى صلب النكاح، ولا إحداد على المنكوحـة نكاحًا فاسدًا لأنها ليست زوجة على الحقيقة ولا لها من كانت تحل له ويحل لها فتحزن على فقده.

فـصـل: وتجتنب الحادة ما يدعو إلى جماعها ويرغب فى النظر إليها ويحسنها، وذلك أربعة أشياء:

أحدها: الطيب، ولا خلاف فى تحريمه عند من أوجب الإحداد لقول النبـى ﷺ: «لا تمس طيـبًا إلا عند أدنى طهـرها إذا طهـرت من حـيـضهـا بنبـذة من قسط أو أظفـار» متـفق عليـه[٨٤]، وروت زينب بنت أم سلمة قالت: دخلت على أم حبيبة زوج النبى ﷺ حين توفى أبوها أبو سفـيان فدعت بطيب فـيه صفرة خلوق أو غـيره فدهنت منه جـارية ثم مست

15- مـسـألة: (والإحداد اجـتناب الطيب والزينة والتحسـين كلبس الحلى والملون من الثياب للتحسين).

وجـملة ذلك: أن الحادة يجب عليها اجتناب ما يدعو إلى جماعها ويرغب فى النظر إليها ويحسنها، وذلك أربعة أمور:

أحدها: الطيب، ولا خلاف فى تحريمه عند من أوجب الإحداد لقول النبى ﷺ: «ولا تمس طيبًـا إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حـيضها نبـذة من قسط أو أظفار» متـفق عليه وروت زينب بنت أم سلمة قالت: دخلت على أم حبيبة زوج النبى ﷺ حين توفى أبوها أبو

---

(٨٢) انظر الإجماع لابن المنذر (٩٦/ ٤٥٣). (٨٣) تقدم فى أول كتاب «العدد» برقم (١).

(٨٤) أخرجه البخارى فى كتاب «الحـيض» باب «الطيب للمرأة عند غسلها من الحيض» (١/ ح٣١٣/ فتح) وانظر أطراف الحـديث ومـسلم فى كـتاب «الـطلاق» (٢/ ٦٦/ ١١٢٢٧) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ٢٣٠٢) وابن ماجه فى «الطلاق» (١/ ح٢٠٨٧) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ٢٨٥)، (٦/ ٤٠٨).

بعارضها ثم قالت: والله ما لى بالطيب من حاجة غير أنى سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا» متفق عليه(٨٥)، ولأن الطيب يحرك الشهوة ويدعو إلى المباشرة، ولا يجوز لها استعمال الأدهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والياسمين والبان وما أشبهه لأنه استعمال للطيب، فأما الادهان بغير الطيب كالزيت والشيرج والسمن فلا بأس به لأنه ليس بطيب.

الثانى: اجتناب الزينة، وذلك واجب فى قول عامة أهل العلم منهم ابن عمر وابن عباس وعطاء، وجماعة أهل العلم يكرهون ذلك وينهون عنه وهو ثلاثة أقسام:

أحدها: الزينة فى نفسها فيحرم عليها أن تختضب وأن تحمر وجهها بالكلكون وأن تبيضه بأسفيداج العرايس وأن تجعل عليه صبرًا يصفره وأن تنقش وجهها ويديها وأن تخفف وجهها وما أشبهه مما يحسنها، وأن تكتحل بالإثمد من غير ضرورة، وذلك لما روت أم سلمة أن النبى ﷺ قال: «المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلى ولا تختضب ولا تكتحل» رواه النسائى وأبو داود(٨٦)، وروت أم عطية أن رسول الله ﷺ

سفيان فدعت بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره فدهنت منه جارية ثم مست بعارضها وقالت: والله ما لى بالطيب من حاجة غير أنى سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يحل لامرة تؤمن واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلاَّ على زوج أربعة أشهر وعشرًا» متفق عليه، ولأن الطيب يحرك الشهوة ويدعو إلى المباشرة، ولا يحل لها استعمال الأدهان المطيبة كدهن الورد البنفسج والياسمين والبان وما أشبهه، لأنه استعمال للطيب، فأما الأدهان بغير المطيب كالزيت والشيرج والسمن فلا بأس به، لأنه ليس بطيب.

الثانى: اجتناب الزينة وذلك واجب فى قول عامة أهل العلم منهم ابن عمر وابن عباس وعطاء، وجماعة أهل العلم يكرهون ذلك وينهون عنه وهو ثلاثة أقسام:

أحدها: الزينة فى نفسها، فيحرم عليها أن تختضب وأن تحمر وجهها بالكلكون وأن تبيضه بأسفيداج العرائس وأن تجعل عليه صبرًا يصفره وأن تنقش وجهها وبدنها وأن تحفف وجهها وما أشبهه مما يحسنها وأن تكتحل بالإثمد من غير ضرورة، لما روت أم سلمة أن النبى ﷺ قال: «المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلى ولا تختضب ولا تكتحل» رواه النسائى وأبو داود، وروت أم عطية أن رسول الله ﷺ قال: «لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام إلاَّ على زوج فإنها تحد أربعة أشهر وعشرًا ولا تلبس ثوبًا

---

(٨٥) أخرجه البخارى فى صحيحه من كتاب «الجنائز» (٢/ ٩٩) ومسلم فى كتاب «الطلاق» (٢/ ٥٨/ ١١٢٣، ١١٢٤).

(٨٦) أخرجه فى كتاب «الطلاق» (٢/ ح٢٣٠٤) والنسائى فى «السنن» (٦/ ح٣٥٣٧) وأحمد فى مسنده (٦/ ٣٠٢) وإسناده صحيح.

قال: «لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام إلا على زوج فإنها تحد أربعة أشهر وعشرًا ولا تلبس ثوبًا مصبوغًا إلا ثوب عَصْبٍ ولا تكتحل ولا تمس طيبًا إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها بنبذة من قسط أو اظفـار» متفق عليه(٨٧)، وعن أم سلمة قالت: جـاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: «يا رسول الله إن ابنتى توفى عنهـا زوجها وقد اشتكت عينها أفـتكحلها؟ فقال رسول الله ﷺ: لا، مرتين أو ثلاثًا» مـتفق عليه(٨٨)، وروت أم سلمة قـالت: دخل علىَّ رسول الله ﷺ حـين توفى أبو سلمة، وقد جـعلت على عينى صـبرًا، فقـال: «ما ذا يا أم سلمة» قـلت: إنما هو صبـر ليس فيـه طيب، قال: «إنه يشب الوجـه، لا تجعليـه إلا بالليل وتنزعـيه بالنهـار، ولا تمتشـطى بالطيب ولا بالحناء فإنه خـضاب» قـالت: قلت: بأى شىء أمتشط؟ قـال: «بالسدر تغلفين به رأسك»(٨٩) ولأن الكحل من أبلغ الزينة والزينة تدعـو إليها وتحرك الشهوة فهى كالطيب وأبلغ منه، وحكى عن بعض الشافعية أن للسوداء أن تكتحل وهو مخالف للخبر والمعنى فإنه يزينها ويحسنها، وإن اضطرت الحادة إلى الكحل بالإثمد للتداوى فلها أن تكتحل ليلاً وتمسحه نهارًا، ورخص فيه عند الضرورة عطاء والنخعى ومالك وأصحاب الرأى لما روت أم حكيم بنت أسـد عن أمها أن زوجها توفى وكـانت تشتكى عينيهـا فتكتحل

مصبوغًا إلا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس طيبًا إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها بنبذة من قسط أو أظفار» متفق عليه، وعن أم سلمة قالت: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن ابنتى توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفتكحلها؟ فقال رسول الله ﷺ: «لا» مرتين أو ثلاثًا، متفق علـيه، وروت أم سلم قالت: دخل علىَّ رسول الله ﷺ حين توفى أبو سلمـة وقد جعلت على عينى صـبرًا فقال: «ما ذا يا أم سلمـة» قلت: إنما هو صبـر ليس فـيه طيب، قـال: «إنه يشب الوجه، لا تجـعليه إلا بـالليل وتنزعينه بالنـهار ولا تمتشطى بالطيب ولا بالحنـاء فإنه خضاب» قالت: قلت: بأى شىء أمتـشط؟ قال: «بالسدر، وتغلفـين به رأسك» ولأن الكحل من أبلغ الزينة، والزينة تدعـو إليهـا وتحرك الشـهوة فـهى كالطيب وأبلغ منه، وحكى عن بعض الشافـعية: أن للسوداء أن تكتحل، وهو مخـالف للخبر والمعنى فـإنه يزينها ويحـسنها، فإن اضطرت الحـادة إلى الكحل بالإثمد للتـداوى به فلها أن تكتحل ليلاً وتمسحه نهارًا، ورخص فيـه عند الضرورة عطاء والنخعى ومالك وأصحاب الرأى لما روت أم حكيم بنت أسد عن أمها أن زوجها توفى وكانت تـشتكى عينيها فتكتحل بالجلاء

---

(٨٧) تقدم برقم (٨٤).

(٨٨) أخرجه البخارى فى كتاب «الطلاق» (٩/ ح٥٣٣٦/ فتح) ومسلم فى كتاب «الطلاق» (٢/ ١١٢٤).

(٨٩) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٣٠٥) والنسائى فى كتاب «الطلاق» (٦/ ح٣٥٣٩) من طريق ابن وهب عن مخرمـة عن أبيه عن المغيرة بن الضحـاك، أحمد بن عمرو يقـول: أخبرتنى أم حكيم بنت أسيد عن أمها أن زوجها. . . ثم ذكرت الحديث، والحديث إسناده ضعيف، المغيرة بن الضحاك وأم حكيم بنت أسيد وأمها لا يعرفون كذا قاله الذهبى فى الميزان وابن حجر فى التقريب.

بالجلاء فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة تسألها عن كحل الجلاء فقالت: لا تكتحلى إلا لما لا بد منه يشتد عليك فتكتحلين بالليل وتغسلينه بالنهار، رواه أبو داود والنسائى[٩٠]، وإنما منع من الكحل بالإثمد لأنه الذى تحصل به الزينة، فأما الكحل بالتوتيا والعنزروت[٩١] ونحوهما فلا بأس به لأنه لا زينة فيه بل يقبح العين ويزيدها مرهًا[٩٢]، ولا تمنع من جعل الصبر على غير وجهها من بدنها لأنه إنما منع منه فى الوجه لأنه يصـفره فيشبه الخضاب ولهذا قال النبى ﷺ إنه يشب الوجـه، ولا تمنع من الـتنظيف بتـقليم الأظفـار ونتف الإبط وحلق الشـعـر المندوب إلى حلقـه ولا من الاغتســال بالسدر، والامتـشاط به لحديـث أم سلمة، ولأنه يراد للتنظيف لا للتطييب.

القسـم الثـانى: زينة الثياب فتحرم عليـها الثياب المصبغة للتحسين كالمـعصفر والمزعفر وسائر الأحمر وسائر الملون للتحسين كـالأزرق الصافى والأخضر الصافى والأصفر فلا يجوز لبسه لقول النبى ﷺ : «لا تلبس ثوبًا مصبوغًا»[٩٣]، وقوله: «لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق»[٩٤] فأما ما لا يقصد بصبغه حسنه كالكحلى والأسود والأخضر المشبع فلا تمنع

فأرسلت مولاة لها إلى أم سـلمة تسألها عن كحل الجلاء فقـالت: لا تكتحل إلا ما لا بد منه يشتد عليك فتكتحلين بالليل وتغسلينه بالنهار، رواه أبو داود والنسائى، وإنما تمنع من الكحل بالإثمد، لأنه الذى يحصل به الزيـنة، فأما الكحل بالتوتيا والعنزروت ونحـوهما فلا بأس به، لأنه لا زينة فيه بل يفتح العين ويزيدها مرهًا، ولا تمنع من جـعل الصبر على غير وجهها من بدنها، لأنه إنما منع منه فى الوجه، لأنه يصفره فيشبه الخضاب، ولهذا قال النبى ﷺ : «إنه يشب الوجـه» ولا تمنع من التنظيف بتـقليم الأظفار ونتـف الإبط وحلق الشعـر المندوب إلى حلقه ولا من الاغتسال بالسدر والامتشاط به لحديث أم سلمة ولأنه يراد للتنظيف لا للطيب.

القسـم الثـانى: زينة الثياب، فتحرم عليها الثياب المصبـغة للتحسين كالمعصفر والمزعفر وسائر الأحمر وسائر الملون للتحسين كـالأزرق الصافى والأخضر الصافى والأصفر فلا يجوز لبسه لقـول النبى ﷺ : «لا تلبس ثوبًا مصبوغـًا» وقوله: لا تلبس المعصفـر من الثياب ولا الممشق، فأما مـا لا يقصد بصبغه حسنه كالكحلى والأسود والأخـضر المشبع فلا يمنع منه، لأنه ليس بزينة، وما صبغ غزله ثم نسج فـفيه احتمالان: **أحدهـما**: يحرم لبسـه، لأنه أحسن

---

(٩٠) انظر الحديث السابق.

(٩١) **التـوتيـا**: تكون فى المعادن منها بيضاء ومنها الخضرة ومنها الصـفرة مشرب بحمرة وهى جيدة لتقوية العـين، **والعـنزروت**: هو الأنذدوت، هو صمغ شجرة تنبت فى بلاد الفرس، شبـيهة بالكندر صغيرة الحصا، فى طعمـه مرارة ولونه إذًا الحمرة، تقطع الرطوبة السائلة فى العيـن، انظر «الجامع لمفردات الأدوية».

(٩٢) **مرهًا**: مرهت العين: ابيضت حماليقها، أو فسدت لترك المكحل.

(٩٣) تقدم برقم (١) من كتاب «العدد».

(٩٤) تقدم برقم (٨٦).

منه لأنه ليس بزينة، وما صبغ غزله ثم نسج فيه احتمالان: **أحدهما**: يحرم لبسه لأنه أرفع وأحسن ولأنه مصبوغ للحسن فأشبه ما صبغ بعد نسجه، **والثانى**: لا يحرم، لقول رسول الله ﷺ فى حديث أم سلمة «إلا ثوب عصب»(٩٥) وهو ما صبغ غزله قبل نسجه، ذكره القاضى، ولأنه لم يصبغ وهو ثوب فأشبه ما كان حسنًا من الثياب غير مصبوغ، والأول أصح، وأما العصب فالصحيح أنه نبت تصبغ به الثياب قال صاحب الروض الأنف: الورس والعصب نبتان باليمن لا ينبتان إلا به فأرخص النبى ﷺ للحادة فى لبس ما صبغ بالعصب لأنه فى معنى ما صبغ لغير التحسين، أما ما صبغ غزله للتحسين كالأحمر والأصفر فلا معنى لتجويز لبسه مع حصول الزينة بصبغه كحصولها بما صبغ بعد نسجه، ولا تمنع من حسان الثياب غير المصبوغة وإن كان رقيقًا سواء كان من قطن أو كتان أو إبريسم لأن حسنه من أصل خلقته فلا يلزم تغييره، كما أن المرأة إذا كانت حسنة الخلقة لا يلزمها أن تغير لونها وتشوه نفسها.

القسم الثالث: الحلى، فيحرم عليها لبس الحلى كله حتى الخاتم فى قول عامة أهل العلم، لقول النبى ﷺ: «ولا الحلى» وقال عطاء: يباح حلى الفضة دون الذهب، وليس بصحيح لأن النهى عام ولأن الحلى يزيد حسنها ويدعو إلى مباشرتها، قالت امرأة(٩٦):

وما الحلى إلا زينةٌ لنَقيصَةٍ ... تُتَمِّمُ من حُسْنٍ إذا الحسنُ قَصَّرا

وأرفع ولأنه مصبوغ للحسن فأشبه ما صبغ بعد نسجه، **والثانى**: لا يحرم لقول رسول الله ﷺ فى حديث أم سلمة: «إلاَّ ثوب عصب» قال القاضى: هو ما صبغ غزله قبل نسجه، ولأنه لم يصبغ وهو ثوب فأشبه ما كان حسنًا من الثياب غير مصبوغ، والأول أصح، وأما العصب فالصحيح أنه نبت تصبغ به الثياب، قال صاحب الروض الأنف: الورس والعصب نبتان باليمن لا ينبتان إلاَّ به فأرخص النبى ﷺ للحادة فى لبس ما صبغ بالعصب، لأنه فى معنى ما صبغ لغير التحسين، أما ما صبغ غزله للتحسين كالأحمر والأصفر فلا معنى لتجويز لبسه مع الحصول الزينة بصبغه كحصولها بما صبغ بعد نسجه.

القسم الثالث: الحلى، فيحرم عليها لبس الحلى حتى الخاتم فى قول عامة أهل العلم، لقول النبى ﷺ: «ولا الحلى» وقال عطاء: يباح حلى الفضة دون الذهب، ولا يصح لعموم النهى ولأن الحلى يزيدها حسنًا ويدعو إلى مباشرتها قال الشاعر:

وَمَا الحَلْىُ إلاَّ زِينَةٌ لِنَقِيصَة ... تُتَمِّمُ مِنْ حُسْنٍ إذَا الحُسْنُ قَصَّرَا

16- مسألة: (ولا يحرم عليها الأبيضُ من الثياب وإن كان حسنًا).

سواء كان من قطن أو كتان أو صوف أو إبريسم، لأن حسنه من أصل خلقته فلا يلزم

---

(٩٥) أخرجه مسلم فى كتاب «الطلاق» (٢/ ٦٦/ ١١٢٧) من حديث أم عطية وليس من حديث أم سلمة ﵂، وتقدم برقم (٨٧).

(٩٦) انظر البيت فى نفح الطيب (٥/ ١٦٥) ولم ينسب لأحد.

فـصـل: الثالث مما تجتنبه الحادة: النقاب وما فى معناه مثل البرقع ونحوه لأن المعتدة مشبهة بالمُحْرِمة والمحرمة تمنع من ذلك وإذا احتاجت إلى ستر وجهها أسدلت عليه كما تفعل المحرمة.

فـصـل: والرابع: المبيت فى غير منزلها، وممن أوجب على المتوفى عنها زوجها الاعتداد فى منزلها عمر وعثمان ﷺ وروى ذلك عن ابن عمر وابن مسعود وأم سلمة، وبه يقول مالك والثورى والأوزاعى وأبو حنيفة والشافعى وإسحاق، وقال ابن عبد البر: وبه يقول جماعة فقهاء الأمصار بالحجاز والشام والعراق ومصر، وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء: تعتد حيث شاءت، وروى ذلك عن على وابن عباس وجابر وعائشة ﷺ، قال ابن عباس: نسخت هذه الآية عدتها عند أهله وسكتت فى وصيتها وإن شاءت خرجت لقول الله تعالى: ﴿**فَإِنْ خَرَجْنَ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ**﴾ (البقرة: ٢٤٠) قال عطاء: ثم جاء الميراث فنسخ السكنى تعتد حيث شاءت، رواهما أبو داود(٩٧).

ولنا: ما روت فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبى سعيد الخدرى: أنها جاءت إلى

تغيره، كما أن المرأة إذا كانت حسنة الخلقة لا يلزمها أن تغير لونها وتشوه نفسها ولا الملون لدفع الوسخ كالكحلى والأسود والأخضر المشبع، لأنه لا يراد للزينة أشبه الأبيض، قال الخرقى: وتجتنب النقاب وما فى معناه مثل البرقع ونحوه، لأن المعتدة مشبهة بالمُحْرِمة والمحرمة تمنع من ذلك فإن احتاجت إلى ستر وجهها سدلت عليه كما تفعل المحرمة، ويحتمل أن لا تمنع من ذلك، لأنه ليس بمنصوص عليه ولا هو فى معنى المنصوص وإنما منعت منه المحرمة، لأنها ممنوعة من تغطية وجهها بخلاف الحادة ولأن المحرمة يحرم عليها لبس القفازين بخلاف الحادة، ويجوز لها لبس الثياب المزعفرة وغيرها من الثياب المصبوغة والحلى، والحادة يحرم عليها ذلك فلا يصح القياس، ولأن المبتوتة لا يحرم عليها النقاب فإن وجب عليها الإحداد فكذلك المتوفى عنها زوجها.

فـصل: وتجب عدة الوفاة فى المنزل الذى وجبت فيه، روى ذلك عن عمر وعثمان وابن عمر وابن مسعود وأم سلمة ﷺ، وبه قال مالك والثورى وأبو حنيفة والشافعى وإسحاق، قال ابن عبد البر: وبه يقول جماعة فقهاء الأمصار بالحجاز والشام والعراق ومصر، وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء: تعتد حيث شاءت، روى ذلك عن على وابن عباس وجابر وعائشة ﷺ، قال ابن عباس: نسخت هذه الآية عدتها عند أهله وسكتت فى وصيتها، وإن شاءت خرجت لقول الله تعالى: ﴿**فَإِنْ خَرَجْنَ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ مِن مَّعْرُوفٍ**﴾ (البقرة: ٢٤٠) قال عطاء: ثم جاء الميراث فنسخ السكنى تعتد حيث شاءت، رواهما أبو داود.

ولنا: ما روت فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبى سعيد: أنها جاءت إلى رسول الله

---

(٩٧) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٣٠١) وإسناده صحيح.

رسول الله ﷺ فأخـبرته أن زوجها خرج فى طلب أعـبد له فقتلوه بطرف القـدوم، فسألت رسول الله ﷺ أن أرجع إلى أهلى فإن زوجى لم يتركنى فى مسكن يملكه ولا نفقة، قالت: فقـال رسول الله ﷺ: «نعم» قالت: فـخرجت حتى إذا كنت فى الحـجرة أو فى المسـجد دعانى أو أمرنى فدعـيت له فقال رسول الله ﷺ: «كيف قلت؟» فرددت عليه القـصة فقال: امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله، فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرًا «فلما كان عثمان بن عفان أرسل إلىَّ فسألنى عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به، رواه مالك فى موطئه والأثرم وهو حديث صحيح(٩٨) قضى به عثمان فى جماعة الصحابة فلم ينكروه، وإذا ثبت هذا فإنه يجب الاعتداد فى المنزل الذى مات زوجـها وهى ساكنة به سواء كان مملوكًـا لزوجها أو بإجارة أو عارية، لأن النبـى ﷺ قـال لفريعـة: «امكثى فى بيتك» ولم تكن فى بيت يملكه زوجـها، وفى بعض ألفاظه «اعتدى فى البيت الذى أتاك فـيه نعى زوجك» وفى لفظ «اعتدى حيث أتاك الخبر» فـإن أتاها الخبر فى غيـر مسكنها رجعت إلى مـسكنها فاعتـدت فيه، وقال سـعيد بن المسـيب والنخعى: لا تبرح من مكانهـا الذى أتاها فيه نعى زوجـها اتباعًا للفظ الخـبر الذى رويناه.

ولنا: قوله ﷺ: «امكثى فى بـيتك» واللفظ الآخر قضـية فى عين والمـراد به هذا فإن

ﷺ فأخبرته أن زوجها خرج فى طلب أعبد له أَبَقُوا فقتلوه بطرف القدوم فسألت رسول الله ﷺ أن أرجع إلى أهلى فإن زوجى لم يـتركنى فى مسـكن يملكه ولا نفـقة، قالت: فـقال رسول الله ﷺ: «نعم» فخرجت حتى إذا كنت فى الحجرة أو فى المسجد دعانى أو أمر بى فدنيت له فقال رسول الله ﷺ: «كيف قلت؟» فرددت عليه القصة، فقال: «امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتابُ أجله» فاعتددت فيه أربعة أشهـر وعشرًا فلما كان عثمان بن عفان أرسل إلىَّ فسألنى عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به، رواه مالك فى موطئه والأثرم، وهو حديث صحيح قضى به عثمـان فى جماعة الصحابة فلم ينكروه، إذا ثبت هذا فـإنه يجب الاعتداد فى المنزل الذى مات زوجها وهى ساكنة به سواء كـان لزوجها أو بإجارة أو عارية، لأن النبى ﷺ قال لفريعة: «امكثى فى بـيتك» ولم تكن فى بيت يملكه زوجها، وفى بعض ألفـاظه: «اعتدى فى البيت الذى أتاك فـيه نعى زوجك» وفى لفظ: «اعتدى حـيث أتاك الخبر» فإن أتاها الـخبر فى غير مسكنهـا رجعت إلى مسكنها أو اعتدت فـيه، وقال سعيد بن المسـيب والنخعى: لا تبرح من مكانها الذى أتاها فيه نعى زوجها اتباعًا للفظ الخبر الذى رويناه.

ولنا: قوله ﷺ: «امكثى فى بـيتك» واللفظ الآخر قضـية فى عين والمـراد به هذا فإن

---

(٩٨) أخرجـه أبو داود فى كتـاب «الطلاق» (٢/ ح٢٣٠٠) والترمـذى فى كتـاب «الطلاق» (٣/ ح١٢٠٤) والنسائى فى كتاب «الطلاق» (٦/ ح٣٥٢٨) وابن ماجه فى كتاب «الطلاق» (١/ ح٢٠٣١) ومالك فى «الموطأ» (٢/ ٨٧/ ٥٩١) وإسناده صحيح.

قضايا الأعيان لا عـموم لها ثم لا يمكن حمله على العموم فإنه لا يلزمـها الاعتداد فى السوق والطريق والبرية إذا أتاها الخبر وهى فيها.

فـصـل: فإن خافت هدمًا أو غرقًا أو عدوًا أو نحو ذلك أو حولها صاحب المنزل لكونه عارية رجع فيها أو بإجارة انقضت مدتها أو منعها السكنى تعديًا أو امتنع من إجارته أو طلب به أكثر من أجرة المثل أو لم تجد ما تكترى به أو لم تجد إلا من مالها فلها أن تنتقل، لأنها حال عذر ولا يلزمها بذلك(٩٩) أجر المسكن وإنما الواجب عليها فعل السكنى لا تحصيل المسكن وإذا تعذرت السكنى سـقطت، ولها أن تسكن حيث شاءت ذكره القـاضى، وذكر أبو الخطاب أنها تنتقل إلى أقرب ما يمكنها النقلة إليـه وهو مذهب الشافعى لأنه أقرب إلى موضع الوجود فأشبه من وجبت عليه الزكاة فى موضع لا يجد فـيه أهل السهمان فإنه ينقلها إلى أقرب موضع يجدهم فيه.

ولنا: أن الواجب سقط لعذر ولم يرد الشرع له ببدل فلا يجب كما لو سقط الحج للعجز عنه وفوات شرط والمعـتكف إذا لم يقدر على الاعتكاف فى المسجـد، ولأن ما ذكروه إثبات حكم بلا نص ولا معنى نص فإن معـنى الاعتداد فى بيتها لا يوجد فى السكنى فـيما قرب منه

قضايا الأعـيان لا عموم لها ثم لا يمكن حملـه على عموم فإنه لا يلزمها الاعـتداد فى السوق والطريق والبرية إذا أتاها الخبر وهى فيها.

١٧- مـسـألة: (إلاَّ أن تدعو ضرورة إلى خـروجها منه بأن يحولها مـالكه أو تخشى على نفسها).

وجملة ذلك: أنها إذا خافت هدمًا أو غرقًا أو عدوًا أو نحو ذلك أو حولها صاحب المنزل لكونه عارية رجع فيها أو بإجارة انقضت مـدتها أو منعها السكنى تعديًا أو امتنع من إجارته أو طلب به أكثر من أجر المـثل أو لم تجد ما تكترى به أو لم تجد إلا من مالهـا فلها أن تنتقل، لأنهـا حال عـذر ولا يلزمهـا بذل أجرة المـسكن وإنما الـواجب عليهـا السكنى لا تحصـيل المـسكن، وإذا تعذرت الـسكنى سقطت وتـسكن حيث شـاءت، ذكـره القاضى، وذكـر أبو الخطاب أنها تنتقل إلى أقرب ما يمكنها النقلة إليه وهو مذهب الشافعى، لأنه قرب إلى موضع الوجوب أشـبه من وجبت عليـه الزكاة فى موضع لا يجـد فيه أهل السـهمان فـإنه ينقلها إلى موضع يجدهم فيه.

ولنا: أن الواجب سقط لعذر ولم يرد الشرع له ببذل فلا يجب كما لو سقط الحج للعجز عنه وفوات شرط والمعـتكف إذا لم يقدر على الاعتكاف فى المسجـد، ولأن ما ذكروه إثبات حكم بلا نص ولا معنى نص فإن معـنى الاعتداد فى بيتها لا يوجد فى السكنى فـيما قرب منه ويفارق أهل السهمان فإن القصد نفع الأقرب وفى نقلها إلى أقرب موضع يجده نفع الأقرب.

---

(٩٩) فى نسخة: يزل.

ويفارق أهل السهمـان فإن القصد نفع الأقرب وفى نقلها إلى أقـرب موضع يجده نفع الأقرب فوجب لذلك.

فــصــل: قال أصـحابنا: ولا سكنى للمتـوفى عنها إذا كانت حـائلاً رواية واحدة، وإن كانت حامـلاً فعلى روايتين، وللشافعى فى سـكنى المتوفى عنها قولان، وجـه الوجوب قوله تعــالى: ﴿**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لأَزْوَاجِهِم مَّتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ**﴾ (البقرة: ٢٤٠) فنسخ بعض المدة وبقى باقيها على الوجوب، ولأن النبىّ أمر فريعة بالسكنى فى بيتها من غير استـئذان الورثة، ولو لم تجب السكنى لم يكن لها أن تسكن إلا بإذنهم كما أنها ليس لها أن تتصرف فى شىء من مال زوجها بغير إذنهم.

ولنا: أن الله تعالى إنـما جعل للزوجـة ثُمن التركة أو ربعـها وجعل بـاقيهـا لسائر الورثة والمسكن من التركة، فوجب أن لا يستحق منه أكـثر من ذلك ولأنها بائن من زوجها فأشبهت المطلقة ثلاثًا، وأمـا إذا كانت حامـلاً وقلنا لها السكنى فلأنهـا حامل من زوجها فـوجب لها السكنى قياسًا على المطلقة، فأما الآية التى احتجوا بها فإنها منسوخة.

وأما أمر النبىّ ﷺ فُـريعة بالسكنى فقضية فى عـين يحتمل أنه ﷺ علم أن الوارث يأذن فى ذلك أو يكون الأمـر يدل على وجـوب السكنى عليهـا ويتـقيـد ذلك بالإمكان وإذن الوارث من جملة ما يحصل الإمكان به، فإذا قلنا لها السكنى فهى أحق بسكنى المسكن الذى كانت تسكنه من الورثة والغرماء من رأس مال المتـوفى، ولا يباع فى دَينه بيعًا يمنعها السكنى

فـصل: ولا سكنى للمتوفى عنهـا إذا كانت حائلاً رواية واحدة، وإن كانت حاملاً فعلى روايتين، وللشافعى فيها قولان: **أحدهـما**: لها السكنى لقوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لأَزْوَاجِهِم مَّتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ**﴾ فنسخ بعض المدة وبقى باقيها على الوجوب، ولأن النبى ﷺ أمر فريعة بالسكنى فى بيتها من غير استئذان الورثة ولو لم تجب السكنى لم يكن لهـا أن تسكن إلاَّ بإذنهم كما أنهـا ليس لها أن تتصـرف فى مال زوجها بغـير إذنهم.

ولنا: أن الله تعالى إنـما جعل للزوجـة ثُمن التركة أو ربعـها وجعل بـاقيهـا بسائر الورثة والمسكن من التركة فوجب أن لا تستحق منه أكـثر من ذلك، وأما إذا كانت حاملاً وقلنا: لها السكنى فلأنهـا حامل من زوجهـا فوجبت لهـا السكنى قياسًـا على المطلقة، فـأما الآية التى احتجوا بها فإنها منسوخة.

وأما أمر النبى ﷺ فريعة بالسكنى فقـضية فى عين يحتمل أن رسول الله ﷺ علم أن الوارث يأذن فى ذلك أو تكون السكنى واجبـة عليها ويتقـيد ذلك بالإمكان، وإذن الوارث من جملة ما يحـصل به الإمكان، فإذا قلنا: لها السكنى، فهى أحق بسكـنى المسكن الذى كانت تسكنه من الورثة والغرمـاء من رأس مال المتوفى ولا يبـاع فى دينه بيعًا يمنعهـا السكنى حتى

فيه حتى تقضى العدة، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو حنيفة وجمهور العلماء، وإن تعذر المسكن فعلى الوارث أن يكترى لها مسكنًا من مال الميت فإن لم يفعل أخبره الحاكم، وليس لها أن تنتقل من مسكنها إلا لعذر كما ذكرنا وإن اتفق الوارث والمرأة على نقلها عنه لم يجز لأن هذه السكنى يتعلق بها حق الله تعالى لأنها تجب للعدة والعدة يتعلق بها حق الله تعالى فلم يجز اتفاقهما على إبطالها بخلاف سكنى النكاح فإنها حق لهما، ولأن السكنى ههنا من الإحداد فلم يجز الاتفاق على تركها كسائر خصال الإحداد، وليس لهم أن يخرجوها إلا أن تأتى بفاحشة مبينة لقول الله تعالى: ﴿**لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ**﴾ (الطلاق: ١) وهى أن تطول لسانها على أحمائها وتؤذيهم بالسب ونحوه، روى ذلك عن ابن عباس وهو قول الأكثرين، وقال ابن مسعود والحسن: هى الزنا لقوله الله تعالى: ﴿**وَاللاَّتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ**﴾ (النساء: ١٥) وإخراجهن هو الإخراج لإقامة حد الزنا ثم ترد إلى مكانها.

ولنا: أن الآية تقتضى الإخراج عن السكنى وهذا لا يتحقق فيما قالاه، وأما الفاحشة فهى اسم للزنا وغيره من الأقوال الفاحشة، يقال: أفحش فلان فى مقاله، ولهذا روى عن النبى

تقضى العدة، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو حنيفة وجمهور العلماء وإن تعذر ذلك المسكن فعلى الوارث أن يكترى لها مسكنًا من مال الميت، فإن لم يفعل أجبره الحاكم، وليس لها أن تنتقل إلا لعذر كما ذكرنا، وإن اتفق الوارث والمرأة على نقلها عنه لم يجز، لأن السكنى ههنا يتعلق بها حق الله سبحانه وتعالى فلم يجز اتفاقهما على إبطالها بخلاف سكنى النكاح، فإنه حق لهما، ولأن السكنى ههنا من الإحداد فلم يجز الاتفاق على تركها كسائر خصال الإحداد وليس لهم إخراجها إلا أن تأتى بفاحشة مبينة لقول الله تعالى: ﴿**لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ**﴾ (الطلاق: ١) وهو أن يطول لسانها على أحمائها وتؤذيهم بالسب ونحوه، روى ذلك عن ابن عباس وهو قول الأكثرين، وقال ابن مسعود والحسن: هى الزنا لقول الله تعالى: ﴿**وَاللاَّتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ**﴾ (النساء: ١٥) وإخراجهن هو لإقامة حد الزنا ثم ترد إلى مكانها.

ولنا: أن الآية تقتضى الإخراج من المسكن وهذا لا يتحقق فيما قالاه، وأما الفاحشة فهى اسم للزنا وغيره من الأقوال الفاحشة، يقال: أفحش الرجل فى قوله، ولهذا روى عن النبى

ﷺ أنه قالت له عائشة: يا رسول الله قلت لفلان: بئس أخو العشيرة، ثم ألنت له القول لما دخل قال: «يا عائشة إن الله لا يحب الفحش ولا التفحش».

إذا ثبت هذا فإن الورثة يخرجونها عن ذلك المسكن إلى مسكن آخر من الدار إن كانت كبيرة تجمعهم، فإن كانت لا تجمعهم أو لم يمكن نقلها إلى غيرها فى الدار أو لم يتخلصوا من أذاها بذلك فلهم نقلها، وقال بعض أصحابنا: ينتقلون هم عنها، لأن سكناها واجب فى

عليه أنه قالت له عائشة: «يا رسول الله قلت لفلان: بـئس أخو العشيرة، فلما دخل ألنت له القول، فقال: يا عائشة إن الله لا يحب الفحس ولا التفحش»(١٠٠).

إذا ثبت هذا فإن الورثة يخـرجونها عن ذلك المسكن إلى مسـكن آخر من الدار إن كانت كبيرة تجمعهم، فإن كانت لا تجـمعهم أو لم يمكن نقلها إلى غيره فى الدار ولم يتخلصوا من أذاها بذلك فلهم نقلها، وقال بعض أصحابنا: ينتقلون هم عنها لأن سكناها واجب فى المكان وليس بواجب عليهم والنص يدل على أنها تخرج فلا يعرج على ما خالفه، ولأن الفاحشة منها فكان الإخراج لها، وإن كان أحماؤها هم الذين يؤذونها ويفـحشون عليها نقلوا هم دونها فإنها لم تأت بفاحشة فلا تخرج بمقتضى النص ولأن الذنب لهم فيخصون بالإخراج.

وإن كان المسكن لغير المـيت فتبرع صاحبه بإسكانها فيـه لزمها الاعتداد به، وإن أبـى أن يسكنها إلا بأجرة وجب بذلهـا من مال الميت إلا أن يتبرع إنسـان ببذلها فيلزمهـا الاعتداد به، فإن حولها صـاحب المكان أو طلب أكثر من أجرة المثل فعل الورثة إسكـانها إن كان للميت تركة يسـتأجـر لها به مـسكن لأنه حق لها يقـدم على الميـراث، فإن اختـارت النقلة عن هذا المسكن الذى ينقلونها إليه فلها ذلك لأن سكناها به حق لها وليس بواجب عليها فإن المسكن الذى كان يجب عليهـا السكنى به هو الذى كانت تسكنه حين موت زوجها وقـد سقطت عنها السكنى به وسـواء كان المسكن الذى كـانت به لأبويها أو لأحدهـما أو لغيـرهم، وإن كانت

المكان وليس بواجب عليـهم، والنص يدل على أنها تخرج فـلا يعرج على ما خـالفه، ولأن الفاحشة منها فكان الإخراج لها، وإن كان أحماؤها هم الذين يؤذونها ويفحشون عليها نقلوهم دونها فإنها لم تأت بفاحشة فلا تخرج بمـقتضى النص، ولأن الذنب لهم فيخصون بالإخراج، وإن كان المـسكن لغير المـيت فيتـبرع صاحبـه بإسكانها فيـه لزمها الاعـتداد به، وإن أبى أن يسكنها إلاً بالأجرة وجب بذلها من مال الميت إلاً أن يتبـرع إنسان ببذلهاً ويلزمها الاعتداد به، فإن حولها مالك المكان أو طلب أكثر من أجر المثل فعلى الورثة إسكانها إن كان للميت تركه يستأجر لها به مسكن، لأنه حق لها يقدم على الميراث، فإن اختارت النقلة عن المسكن الذى ينقلونها إليه فلها ذلك، لأن سكناها به حق لها وليس بـواجب عليها، فإن المسكن الذى كان يجب عليها السكنى به هو الذى كـانت تسكنه حين موت زوجها وقـد سقطت عنها السكنى به وسواء كان المـسكن الذى كانت به لأبويها أو لأحدهم أو لغـيرهم، وإن كانت تسكن فى دار لها فاختـارت الإقامة فيها والسكنى بهـا متبرعة أو بأجرة تأخذها من الـتركة جاز وعلى الورثة

---

(١٠٠) أخرجـه أبو داود فى كتـاب «الأدب» (٤/ ح٤٧٩٢) بلفظه، وأخرجه البـخارى فى كـتاب «الأدب» (١٠/ ح٦٠٣٢/ فتح) وفيه «يا عـائشة متى عهدتنى فاحشًا، إن شـر الناس عند الله منزلة يوم القيامة من تركه النـاس اتقاء شره» ومـسلم فى كتـاب «البر والصلة» (٤/ ٧٣/ ٢٠٠٢) بنحـوه، ومالك فى «الموطأ» (٢/ ٤/ ٩٠٣، ٩٠٤) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٢٣٠).

تسكن فى دارها فاختـارت الإقامة فيها والسكنى بهـا متبرعة أو بأجرة تأخذهـا من التركة جاز ويلزم الورثة بذل الأجرة إذا طلبـتها وإن طلبت أن تسكنهـا غيرها وتنتقل عنهـا فلها ذلك لأنه ليس عليها أن تؤجر دارها ولا تعيرها وعليهم إسكانها.

فـصـل: فأمـا إذا قلنا ليس لها السكنى فتـطوع الورثة بإسكانها فى مسكن زوجـها أو السلطان أو أجنبى لزمـها الاعـتداد به، وإن منعت السكنى به أو طلبـوا منها الأجـرة فلها أن تنتقل عنه إلى غيره كما ذكرنا فيما إذا أخرجها المؤجر عند انقضاء الإجارة وسواء وقدرت على الأجرة أو عجـزت عنها لأنه إنما تلزمهـا السكنى لا تحصيل المسكن، وإن كـانت فى مسكن لزوجها فأخرجها الورثة منه وبذلوا لها مسكنًا آخر لم تلزمها السكنى به وكذلك إن خرجت من المسكن الذى هى به أو خـرجت لأى عارض كان لم تلزمـها السكنى فى موضع معـين سواه سواء بذله الورثة أو غيـرهم لأنها إنما يلزمها الاعتـداد فى بيتها الذى كانت فيـه لا فى غيره، وكذلك إذا قلنا لها السكنى فتعذر سكناها فى مسكنها وبذل لها سواه، وإن طلبت مسكنًا سواه لزم الورثة تحصيله بأجرة أو بغيرها إن خلف الميت تركة تفى بذلك ويقدم ذلك على الميراث لأنه حق على الميت فأشبه الدين فإن كان على الميت دين يستغرق ماله ضربت بأجرة المسكن مع الغرماء لأن حقها مساو لحقوق الغرماء وتستأجر بما يصيبها موضعًا تسكنه، وكذلك الحكم فى المطلقة إذا حجـر على الزوج قبل أن يطلقها ثم طلقـها فإنها تضرب بأجـرة المسكن لمدة

بذل الأجرة إذا طلبتـها، وإن طلبت أن تسكنها غيـرها وتنتقل عنها فلها، لأنه لـيس عليها أن تؤجر دارها ولا تعيرها وعليهم إسكانها.

فـصـل: فأمـا إذا قلنا: ليس لها السكنى، فتـطوع الورثة بإسكانها فى مسكن زوجـها أو السلطان أو أجنبى لزمهـا الاعتداد به، وإن منعت السكنى أو طلبوا منها الأجـرة فلها أن تنتقل عنه إلى غيره كما ذكرنا فيما إذا أخرجها المؤجر عند انقضاء الإجارة وسواء قدرت على الأجرة أو عجـزت، لأنه إنما تلزمـها السكنى لا تحصـيل المسكن، وإن كـانت فى مسكن لزوجـها فأخـرجهـا الورثة منه وبذلوا لها مـسكنًا آخر لم تلزمـها السكنى به، ولذلـك إن أخرجت من المسكن الذى هى به أو خـرجت لأى عارض كان لم تلزمـها السكنى فى موضع معـين سواه سواء بذله الورثة أو غيرهم، لأنها إنـما يلزمها الاعتداد فى بيتها الذى كـانت فيه لا فى غيره، وكذلك إذا قلنا: لهـا السكنى فتعذر سكناهـا فى مسكنها وبذل لها سـواه، وإن طلبت مسكنًا بأجرة أو بغيرها لزم الورثة تحصيله إن خلف الميت تركة تفى بذلك وتقدم على الميراث، لأنه حق على الميت فأشبه الدين، فإن كان على الميت دين يستغرق تركته ضربت بأجرة المسكن، لأن حقهـا مساو لحقـوق الغرماء وتستـأجر بما يخصـها موضعًـا تسكنه، وكذلك الحكم فى المطلقة إذا حجر على الزوج قبل أن يطلقها ثم طلقها فإنها تضرب بأجرة المسكن كمدة العدة

العدة مع الغرماء إذا كانت حاملاً، **فإن قيل:** فهلا قدمتم حق الغرماء لأنه أسبق؟ **قلنا:** لأن حقها ثبت عليه بغير اختيارها فشاركت الغرماء فيه كما لو أتلف المفلس مالاً لإنسان أو جَنَى عليه، وإن مات وهى فى مسكنه لم يجز إخراجها منه لأن حقها تعلق بعين المسكن قبل تعلق حقوق الغرماء بعينه فكان حقها مقدمًا كحق المرتهن، وإن طلب الغرماء بيع هذا المسكن وتترك السكنى لها مدة العدة لم يجز لأنها إنما تستحق السكنى إذا كانت حاملاً ومدة الحمل مجهولة فتصير كما لو باعها واستثنى نفعها مدة مجهولة، وإن أراد الورثة قسمة مسكنها على وجه يضر بها فى السكنى لم يكن لهم ذلك، وإن أرادوا التعليم بخطوط من غير نقض ولا بناء جاز لأنه لا ضرر عليها فيه.

فصل: وإذا قلنا إنها تضرب مع الغرماء بقدر مدة عدتها فإنها تضرب بمدة عادتها فى وضع الحمل إن كانت حاملاً، وإن كانت مطلقة من ذوات القروء وقلنا: لها السكنى، ضربت بمدة عادتها فى القروء، فإن لم تكن لها عادة ضربت بغالب عادات النساء وهو تسعة أشهر للحمل وثلاثة أشهر لكل قرء شهر، أو بما بقى من ذلك إن كان قد مضى من مدة حملها شىء لأنه لا يمكن تأخير القسمة لحق الغرماء فإذا ضربت بذلك فوافق الصواب فلم تزد ولم تنقص استقر الحكم وتستأجر مما يحصل لها مكانًا تسكنه، وإذا تعذر ذلك سكنت حيث شاءت، وإن كانت المدة أقل مما ضربت به مثل أن وضعت حملها لستة أشهر أو تربصت

مع الغرماء إذا كانت حاملاً، **فإن قيل:** فهل لا قدمتم حق الغرماء، لأنه أسبق؟ **قلنا:** لأن حقها ثبت عليه بغير اختياره فشاركت الغرماء فيه كما لو أتلف المفلس مالاً لإنسان أو جنى عليه، وإن مات وهى فى مسكنه لم يجز إخراجها منه، لأن حقها تعلق بين المسكن قبل تعلق حقوق الغرماء بعينه فكان حقها مقدمًا كحق المرتهن، وإن طلب الغرماء بيع هذا المسكن وتترك السكنى لها مدة العدة لم يجز، لأنها إنما تستحق السكنى إذا كانت حاملاً ومدة الحمل مجهولة فتصير كما لو باعها واستثنى نفعها مدة مجهولة، وإن أراد الورثة قسمة مسكنها على وجه يضر بها فى السكنى لم يكن لهم ذلك، وإن أرادوا التعليم بخطوط من غير نقص، ولا بناء جاز، لأنه لا ضرر عليها فيه.

فصل: وإذا قلنا: إنها تضرب مع الغرماء بقدر مدة عدتها، فإنها تضرب بمدة عادتها فى وضع الحمل إن كانت حاملاً، وإن كانت مطلقة من ذوات القرء وقلنا: لها السكنى، ضربت بمدة عادتها فى القرء، فإن لم تكن لها عادة ضربت بغالب عادت النساء، وهى تسعة أشهر للحمل، وثلاثة أشهر لكل قرء شهر وبما بقى من ذلك إن كان قد مضى من مدة حملها شىء، لأنه لا يمكن تأخير القسمة لحق الغرماء، فإذا ضربت بذلك فوافق الصواب لم يزد ولم ينقص استقر الحكم ويستأجر بما يحصل لها مكانًا تسكنه، فإذا تعذر ذلك سكنت حيث شاءت، وإن كانت المدة أقل مما ضربت مثل أن وضعت حملها لستة أشهر أو تربصت ثلاثة

ثلاثة قروء فى شهرين فعليـها رد الفضل وتضرب فيه بحصتـها منه، وإن طالت العدة أكثر من ذلك مثل أن وضـعت حملهـا فى عام أو رأت ثلاثة قـروء فى نصف عام رجـعت بذلك على الغرماء كما يرجعون عليهـا فى صورة النقص، ويحتمل أن لا ترجع به ويكون فى ذمة زوجها لأننا قدرنا ذلك مع تجويز الزيادة فلم تكن لها الزيادة عليه.

فـصــل: وللمعتدة الخروج فى حوائجها نهـاراً سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها، لما روى جابر قال: «طلقت خـالتى ثلاثًا فخرجت تجذ نخلهـا فلقيها رجل فنهـاها فذكرت ذلك للنبـى ﷺ فقال: اخرجى فجذى نخلك لعلك أن تتصدقى منه أو تفعلى خيرًا» رواه النسائى وأبو داود[١٠١]، وروى مجاهد قال: استشهد رجال يوم أحد فجاءت نساؤهم إلى رسول الله ﷺ وقلن: يا رسول الله نستوحش بالليل أفنبيت عند إحـدانا فإذا أصبحنا بادرنا إلى بيوتنا؟ فقـال رسول الله ﷺ : «تحـدثن عند إحداكن حـتى إذا أردتن النوم فلتؤب كـل واحدة إلى بيتها»[١٠٢] وليس لها المبيت فى غير بيتها ولا الخروج ليلاً إلا لضرورة لأن الليل مظنة الفساد بخلاف النهار فإنه مظنة قضاء الحوائج والمعاش وشراء ما يحتاج إليه وإن وجب عليها حق لا يمكن استيفاؤه إلا بهـا كاليمين والحد وكانت ذات خدر بعث إليهـا الحاكم من يستوفى الحق

قروء فى شهرين فعليـها رد الفضل وتضرب فيه بحصتهـا منه، وإن طالت العدة أكثر من ذلك مثل أن وضعت حـملها فى عام أو رأت ثلاثة قروء فى نصف عام رجـعت بذلك على الغرماء كما يرجعـون عليها فى صورة النقص، ويحتمل أن لا ترجع به وتـكون فى ذمة زوجها، لأننا قدرنا ذلك مع تجويز الزيادة فلم يكن لها الزيادة عليه.

18- مـسـألة: (ولا تخرج ليـلاً وتخرج نهاراً لحوائجـها سواء كانت مطلقـة أو متوفى عنها).

لما روى جابر قال: طلقت خالتى ثلاثًا فخرجت تجـذ نخلها فلقيها رجل فنهاها فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقـال: «اخرجى فجذى نخلك لعلك أن تصدقى منه أو تفـعلى خيرًا» رواه النسائى وأبو داود، وروى مجاهد قال: استشـهد رجال يوم أحد فجاء نساؤهم رسول الله ﷺ قلن: يا رسول الله نستـوحش بالليل أفنبيت عند إحدانا فإذا أصـبحنا بادرنا إلى بيوتنا؟ فقـال رسول الله ﷺ : «تحـدثن عند إحداكن حـتى إذا أردتن النوم فلتؤب كـل واحدة إلى بيتها» وليس لها الـمبيت فى غير بيتها ولا الخروج ليـلاً إلاّ لضرورة، ولأن الليل مظنة الفساد بخلاف النهار، فإنه مظنة قضاء الحوائج والمعاش وشراء ما يحتاج إليه، وإن وجب عليها حق

---

(١٠١) أخرجه النسائى فى «الطلاق» (٦/ ح٣٥٥٢) وأبو داود فى كتاب «الطلاق» (٢/ ح٢٢٩٧) ومسلم فى كـتـاب «الطلاق» (٢/ ٥٥/ ١١٢١) وابن مـاجـه (١/ ح٢٠٣٤) والبـيـهـقى فى «السنن الكبـرى» (٧/ ٤٣٦) والحاكم فى «المستدرك» (٢/ ٢٠٧، ٢٠٨).

(١٠٢) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٣٦) وإسناده ضعيف، انظر الإرواء (٢١٣٥).

منهـا فى مـنزلهـا، وإن كـانت برزة(١٠٣) جاز إحـضارها لاستيـفائه فإذا فـرغت رجعت إلى منزلها.

فــصــل: والأمة كـالحرة فى الإحداد والاعـتداد فى المنزل، إلا أن سكناها فى العـدة كسكناها فى حيـاة زوجها للسيد إمـساكها نهارًا وإرسالهـا ليلاً فإن أرسلها ليلاً ونهـارًا اعتدت زمانها كله فى المنزل وعلى الورثة سكناها فيهما كالحرة سواء.

فــصــل: والبدوية كالحضرية فى الاعتداد فى منزلها الذى مات زوجها وهى ساكنة فيه، فإن انتقلـت الحلة انتقلت معهم لأنهـا لا يمكنها المقام وحـدها، وإن انتقل غير أهلهـا لزمها المقـام معهم وإن انتقل أهلهـا انتقلت معهم إلا أن يـبقى من الحلة من لا تخاف على نفـسها معـهم فتكون مخيـرة بين الإقامة والرحيل، وإن هـرب أهلها فخافت هربت مـعهم وإن أمنت أقامت لقضاء العدة فى منزلها.

فــصــل: فإن مات صاحب السفينة وامرأته فى السفينة ولها مسكن فى البر فحكمها حكم المـسافرة فى الـبر، على ما سنذكره، وإن لم يكن لها مسكن سـواها وكان فيها بيت يمكنها السكنى فيه بحـيث لا تجتمع مع الرجال وأمكنهـا المقام فيه بحـيث تأمن على نفسها ومـعها محرمها لزمـها أن تعتد به فإن كانت ضيقة وليـس معها محرمها أو لا يمكنها الإقـامة فيها إلا بحيث تختلط بالرجال لزمها الانتقال منها إلى موضع سواها.

لا يمكن استيفاؤه إلا بها كاليمين والحد وكانت ذات خدر بعث إليها الحاكم من يستوفى الحق منها فى منزلها، وإن كانت برزة جاز إحضارها لاستيفائه وترجع إلى منزلها إذا فرغت.

فــصــل: والأمة كـالحرة فى الإحـداد والاعتداد فى مـنزلها، إلا أن سكناها فـى العـدة كسكناها فى حياة زوجـها للسيد إمساكهـا نهارًا ويرسلها ليلاً، فإن أرسلها ليـلاً ونهارًا اعتدت زمانها كله فى المنزل وعلى الورثة إسكانها كالحرة سواء.

فــصل: والبدوية كالحضرية فى الاعتداد فى الـمنزل الذى مات زوجها وهى ساكنة فيه، فإن انتقلت الحلة انتـقلت معهم، لأنها لا يمكنها المـقام وحدها، وإن انتقل غير أهلهـا لزمها المقام مع أهلها، وإن انتقل أهلها انتقلت معهم إلاَّ أن يبقى من الحلة من لا تخاف على نفسها معهم فـتخير بين الإقامة والرحـيل، وإن هرب أهلها فخافت هربت معـهم، فإن أمنت أقامت لقضاء العدة فى منزلها.

فــصل: فإن مات صاحب السفينة وامرأته فى السفـينة ولها مسكن فى البر فحكمها حكم المسـافرة فى البر على مـا نذكره، وإن لم يكن لها مسكن سـواها وكان لها فيهـا بيت يمكنها السكنى فيه بحـيث لا تجتمع مع الرجال وأمكنهـا المقام فيه بحـيث تأمن على نفسها ومـعها

---

(١٠٣) امرأة برزَة: إذ كانت كـهلة لا تحتجب احتجـاب الشواب وهى مع ذلك عفيفـة عاقلة تجلس للناس وتحدثهم، من البُروز وهو الظهور والخروج. اهـ. (النهاية/ ١/ ١١٧).

١٣٦٤- **مسألة:** قال: **(والمطلقة ثلاثًا تتوقى الطيب والزينة والكحل بالإثمد)**.

اختلفت الرواية عن أحمد فى وجـوب الإحداد على المطلقة البائن **فعنه:** يجب عليـها، وهو قول سعيد بن المسيب وأبى عبيد وأبى ثور وأصحاب الرأى، **والثانية:** لا يجب عليها، وهو قول عطاء وربيـعة ومالك وابن المنذر ونحـوه قول الشافـعى لأن النبى ﷺ قال: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله والـيوم الآخر أن تحد عـلى ميت فوق ثلاث ليـال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا»(١٠٤) وهذه عدة الوفاة فيدل على أن الإحداد إنما يجب فى عدة الوفاة، ولأنها معتدة عن غير وفاة فلم يجب عليها الإحداد كالرجعية والموطوءة بشبهة ولأن الإحداد فى عدة الوفاة لإظهار الأسف على فـراق زوجها وموته، فأما الطلاق فـإنه فارقها باختيـار نفسه وقطع نكاحها فلا معنى لتكليفهـا الحزن عليه، ولأن المتوفى عنها لو أتت بولد لحق الزوج وليس له من ينفيه فاحتـيط عليها بالإحداد لئلا يلحق بالميت من ليس منه بخلاف الـمطلقة فإن زوجها باق فهو يحتاط عليها بنفسه وينفى ولدها إذا كان من غيره.

ووجه الرواية الأولى: أنها مـعتدة بائن من نكاح فلزمهـا الإحداد كالمتوفى عنهـا زوجها وذلك لأن العـدة تحرم النكاح فـحـرمت دواعيـه، ويخرج على هـذا الرجعـية فـإنها زوجـة والموطوءة بشبهة ليست معتدة من نكاح فلم تكمل الحرمة، فأما الحديث فإنما مدلوله تحريم الإحداد على مـيت غير الزوج ونحن نقول به، ولهـذا جاز الإحداد ههنا بالإجمـاع، فإذا قلنا

محرمها لزمها أن تعتد به، وإن كانت ضيقة وليس مـعها محرمها أو لا يمكنها الإقامة فيها إلا بحيث تختلط بالرجال لزمها الانتقال عنها إلى غيرها.

19- **مسألة: (وإن أذن لها زوجها فى النقلة إلى بلد للسكنى فيه فمات قبل مفارقة البنيان لزمها العود إلى منزلها، وإن مات بعده فلها الخيار بين البلدين)**.

إذا أذن للمـرأة زوجهـا فى النقلة من بلد إلى بلد أو مـن دار إلى دار أخرى فـمات قـبل انتقـالها من الدر وقـبل خروجـها من البلد لزمـها الاعتـداد فى الدار، وكذلك إن مـات قبل خروجها من الدار، لأنها بيتها وسواء مات قبل نقل متاعها من الدار أو بعده، لأنها مسكنها ما لم تنتقل عنها، وإن مات بعد انتقالها إلى الثانية اعـتدت فيها، لأنها مسكنها، وكذلك إن مات بعد وصولهـا إلى البلد الآخر على قياس ذلك، وإن مـات وهى بينهما فهى مخـيرة، لأنها لا مسكن لها منهما فـإن الأولى خرجت عنها منتقلة فخرجت عن كونها مـسكنًا لها، والثانية لم تسكن بها، فـهما سواء، وكذلك إن مـات بعد خروجهـا من البلد لما ذكرنا، وقيل: يـلزمها الاعـتداد فى الثـانيـة، لأنها المـسكن الذى أذن لهـا زوجـها فى السكـنى به وهذا يمكن فى الدارين، فأما إذا كانا بلدين لم يلـزمها الانتقال إلى البلد الثانى بحال، لأنهـا إنما كانت تنتقل لغرض زوجها فى صحبتها إياه وإقامتها معه، فلو ألزمناها ذلك بعد موته لكلفناها السفر الشاق

(١٠٤) تقدم برقم (١) فى أول كتاب «العدد».

يلزمها الإحداد لزمهـا شيئان: تَوَقِّى الطيب والزينة فى نفسها على ما قـدمنا فيها ولا تمنع من النقاب ولا من الاعتداد فى غير منزلها ولذلك أمـر النبـى ﷺ فاطمة بنت قيس أن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم(١٠٥) على ما سنذكره إن شاء الله تعالى.

فصـل: وإذا كانت المبتوتة حـاملاً وجب لها السكنى رواية واحدة، ولا نعلم بين أهل العلم خلافًا فيه، وإن لم تكن حاملاً ففيها روايتان: **إحداهـما**: لا يجب لها ذلك، وهو قول ابن عباس وجابر، وبه قـال عطاء وطاوس والحسن وعمرو بن ميمـون وعكرمة وإسحاق وأبو ثـور وداود، **والثـانيـة**: يجب لها ذلك، وهو قول ابن مسعود وابن عـمر وعائشة وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم وأبى بكر بن عبد الرحـمن وخارجة بن زيد وسليمان بن يسار ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى لقول الله تعالى: ﴿**لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ**﴾ (الطلاق: ١) وقال تعالى: ﴿**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾ (الطـلاق: ٦) فأوجب لهن السكنى مطلقًا ثم خص الحامل بالإنفاق عليها.

ولنا: ما روت فاطمة بنت قيس: «أن أبا عمرو بن حـفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكـيله بشعير فَـتَسَخَّطَتْه فقـال: والله ما لك علينا من شىء، فجاءت رسـول الله فذكرت ذلك له فقـال لها: ليس لك عليه نـفقة ولا سكنى، فـأمرها أن تعتـد فى بيت أم شريك، ثم قال: إن تلك امرأة يغشاها أصحابى، اعـتدى فى بيت ابن أم مكتوم» متفق عليه(١٠٦)، **فـإن قـيل**: فقد أنكر عليـها عمر وقـال: «ما كنا لندع كتاب ربنا وسنة نبـينا لقول امرأة لا ندرى أصدقت أم كذبت؟» وقال عـروة: «لقد عابت عائشة ذلك أشد العـيب وقالت: إنها كانت فى

والتغرب عن وطنها وأهلها، والمقام مع غير محـرمها، والمخاطرة بنفسها مع فوات الغرض، وظاهر حال الزوج أنه لو علم أنه يموت لما نقلها فصـارت الحياة مشروطة فى النقلة، فأما إن انتقلت إلى الثانية ثم عادت إلى الأولى لنقل متاعها فـمات زوجها وهى بها فعليها الرجوع إلى الثانية لأنها صارت مسكـنها بانتقالها إليها، وإنما عادت إلى الأولى لحاجـة والاعتبار بمسكنها دون موضعها، وإن مات وهى فى الثانية فقالت: أذن لى زوجى فى السكنى بهذا المكان وأنكر ذلك الورثة، أو قـالت: إنما أذن لى زوجى فى الـمجىء إليـه لا فى الإقامـة به، وأنكر ذلك الورثة، فالقول قولها، لأنها أعرف بذلك منهم، وكل مـوضع قلنا يلزمها السفر عن بلدها فهو مشروط بوجود محرم يسافر معها والأمن على نفسها لقول رسول الله ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذى محرم من أهلها» أو كما قال.

---

(١٠٥) تقدم برقم (٢) من كتاب «العدد».

(١٠٦) أخرجه البـخارى فى كتـاب «الطلاق» (٩/ ح٥٣٢٣، ٥٣٢٤ فـتح) ومسلـم فى كتـاب «الطلاق» (٢/٣٦/ ١١١٤) واللفظ لمسلم.

مكان وحش فخيف على ناحيتها» وقال سعيد بن المسيب: «تلك امرأة فتنت الناس إنها كانت لَسِنَةً فوضعت على يدى ابن أم مكتوم الأعمى» **قلنا:** أما مخالفة الكتاب فإن فاطمة لما أنكروا علَيها قالت: بينى وبينكم كـتاب الله، قال تعالى: ﴿ **لا تَدْرِى لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا** ﴾ (الطلاق: ١) فأى أمر يحدث بعد الثلاث؟ فكيف تقولون لا نفـقة لها إذا لم تكن حاملاً فعلام تحبسونها؟ فكيف تحبس امرأة بغير نفقـة؟ وأما قولهم: إن عمر قال: لا ندع كتاب ربنا، فقد أنكر أحمد هذا القول عن عـمر، قال: ولكنه قال: لا نجيز فى ديننا قـول امرأة، وهذا مجمع على خلافه وقد أخذنا بخبر فريعة وهى امرأة وبرواية عائشة وأزواج رسول الله ﷺ فى كثير من الأحكام وصار أهل الـعلم إلى خبر فـاطمة هذا فى كثـير من الأحكام مـثل سقوط نفـقة المبتوتة إذا لم تكن حاملاً ونظر المـرأة إلى الرجال وخطبة الرجل على خطبة أخيه إذا لم تكن سكنت إلى الأول، وأما تأويل من تأول حديثها فليس بشىء فإنها تخالفهم فى ذلك وهى أعلم بحالها ولم يتفق المتأولون على شىء، وقد رد على من رد عليها فقال ميمون بن مهران لسعيد ابن المسـيب لما قال: «تلك امـرأة فتنت الناس لئن كانت إنمـا أخذت بما أفتـاها رسول الله ﷺ ما فتنت النـاس، وإن لنا فى رسول الله ﷺ أسوة حسنة» مع أنها أحـرم الناس عليه ليس له عليها رجعة ولا بينهما مـيراث، وقول عائشة: «إنها كانت فى مكان وحش» لا يصح، فإن النّبى ﷺ علل بغيـر ذلك فقال: «يا ابنة آل قيس إنما السكنى والنفـقة ما كان لزوجك عليك الرجعة» هكذا رواه الحميدى والأثرم[١٠٧]، ولأنه لو صح ما قالته عائشة أو غيرها من التأويل ما احتاج عمر فى رده إلا أن يعتذر بأنه قول امرأة ثم فاطمة صاحبة القصة وهى أعرف

20- مسألة: (**وإن سافر بها فمات فى الطريق وهى قريبة لزمها العود**).

لأنها فى حكم الإقامة وإن تباعدت خيرت بين البلدين، لأن البلدين تساويا فكانت الخيرة إليها فيما المصلحة لها فيه، لأنها أخبر بمصلحتها.

فـصل: وإن أذن لها زوجها فى السـفر لغير النقلة فخرجت ثم مـات زوجها فالحكم فى ذلك كـالحكم فى سفـر الحج، على ما نذكره من التـفصيل، وإذا مضت إلى مقـصدها فلها الإقامة حتى تقـضى ما خرجت إليه وتنقضى حاجـتها من تجارة أو غيرها، فإن كـان خروجها لنزهة أو زيارة ولم يكن قدر لها مدة فإنها تقيم إقامة المسافر ثلاثًا، وإن كان قدر لها مدة فلها إقامـتها، لأن سفـرها بحكم إذنه فكان لها إقامـة ما أذن لها فيـه فإذا مضت مدتهـا أو قضت حاجتها ولـم يمكنها الرجوع لخـوف أو غيره أتمت العدة فى مكانها، وإن أمكنها الرجوع لكن لا يمكنها الوصول إلى منزلها حتى تنقضى عدتها لزمها الإقامة فى مكانها، لأن الاعتداد وهى مقيـمة أولى من الإتيان به فى السفر، وإن كـانت تصل وقد بقى من عدتها شىء لزمـها العود لتأتى بالعدة فى مكانها.

(١٠٧) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٦/ ٣٧٣، ٤١٧) وذكره ابن كثير فى تفسيره (٨/ ١٧٠).

بنفسها وبحالها وقد أنكرت على من أنكر عليها وردت على من رد خبرها أو تأوله بخلاف ظاهره فيجب تقديم قولها لمعرفتها بنفسها وموافقتها ظاهر الخبر كما فى سائر ما هذا سبيله.

فصل: قال أصحابنا: **ولا يتعين الموضع الذى تسكنه فى الطلاق سواء قلنا لها السكنى أو لم نقل**، بل يتخير الزوج بين إقرارها فى الموضع الذى طلقها فيه وبين نقلها إلى مسكن مثلها، والمستحب إقرارها لقوله تعالى: ﴿**لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ**﴾ (الطلاق: ١) ولأن فيه خروجًا من الخلاف فإن الذين ذكرنا عنهم أن لها السكنى يرون وجوب الاعتداد عليها فى منزلها، فإن كانت فى بيت يملك الزوج سكناه ويصلح لمثلها اعتدت فيه فإن ضاق عنهما انتقل عنها وتركه لها لأنه يستحب سكناها فى الموضع الذى طلقها فيه، وإن اتسع الموضع لهما وفى الدار موضع لها منفرد كالحجرة أو علو الدار أو سفلها وبينهما باب مغلق سكنت فيه وسكن الزوج فى الباقى لأنهما كالحجرتين المتجاورتين، وإن لم يكن بينهما باب مغلق لكن لها موضع تتستر فيه بحيث لا يراها ومعها محرم تتحفظ به جاز لأن مع المحرم يؤمن الفساد، ويكره فى الجملة، لأنه لا يؤمن النظر، وإن لم يكن معها محرم لم يجز، لقول النبى ﷺ: «لا يخلون رجل بامرأة ليست له بمحرم فإن ثالثهما الشيطان»(١٠٨) وإن امتنع من إسكانها وكانت ممن لها عليه السكنى أجبره الحاكم فإن كان الحاكم معدومًا رجعت على الزوج، وإن كان الحاكم موجودًا فهل ترجع؟ على روايتين، وإن كان الزوج حاضرًا ولم يمنعها من المسكن فاكترت لنفسها موضعًا أو سكنت فى موضع تملكه لم ترجع بالأجرة لأنها تبرعت بذلك فلم ترجع به على أحد.

وإن عجز الزوج عن إسكانها لعسرته أو غيبته أو امتنع من ذلك مع قدرته سكنت حيث شاءت وكذلك المتوفى عنها زوجها إذا لم يسكنها ورثته لأنه إنما تلزمها السكنى فى منزله لتحصين مائه فإذا لم تفعل لم يلزمها ذلك.

١٣٦٥- **مسألة:** قال: **(وإذا خرجت إلى الحج فتوفى عنها زوجها وهى بالقرب رجعت لتقضى العدة، فإن كانت قد تباعدت مضت فى سفرها فإن رجعت وقد بقى من عدتها شىء أتت به فى منزلها)**.

وجملته أن المعتدة من الوفاة ليس لها أن تخرج إلى الحج ولا إلى غيره، روى ذلك عن

21- مسألة: (وإن أذن لها فى الحج فأحرمت به ثم مات فخشيت فوات الحج مضت فى سفرها، وإن لم تخش وهى فى بلدها أو قرية يمكنها العود أقامت لتقضى العدة فى منزلها وإلا مضت فى سفرها، وإن لم تكن أحرمت به أو أحرمت بعد موته فحكمها حكم من لم تخش الفوات).

وجملة ذلك: أن المعتدة ليس لها أن تخرج إلى الحج ولا غيره، روى ذلك عن عمر

---

(١٠٨) أخرجه الترمذى فى «الفتن» (٤/ ح٢١٦٥) وأحمد فى «مسنده» (١١٤/ ١٧٧) وإسناده صحيح.

عمر وعثمان ﷺ، وبه قال سعيد بن المسيب والقاسم ومالك والشافعى وأبو عبيد وأصحاب الرأى والثورى، وإن خرجت فمات زوجها فى الطريق رجعت إن كانت قريبة لأنها فى حكم الإقامة، وإن تباعدت مضت فى سفرها، وقال مالك: ترد ما لم تحرم، والصحيح أن البعيدة لا ترد لأنه يضر بها وعليها مشقة ولا بد لها من سفر وإن رجعت، قال القاضى ينبغى أن يحد القريب بما لا تقصر فيه الصلاة والبعيد ما تقصر فيه لأن ما لا تقصر الصلاة فيه أحكامه أحكام الحضر، وهذا قول أبى حنيفة إلا أنه لا يرى القصر إلا فى مسيرة ثلاثة أيام فقال متى كان بينها وبين مسكنها دون ثلاثة أيام فعليها الرجوع إليه وإن كان فوق ذلك لزمها المضى إلى مقصدها والاعتداد به إذا كان بينها وبينه دون ثلاثة أيام وإن كان بينه وبينها ثلاثة أيام وفى موضعها الذى هى به موضع يمكنها الإقامة فيه لزمها الإقامة، وإن لم يمكنها الإقامة مضت إلى مقصدها.

وقال الشافعى: إن فارقت البنيان فلها الخيار بين الرجوع والتمام لأنها صارت فى موضع أذن لها زوجها فيه وهو السفر فأشبه ما لو كانت قد بعدت.

ولنا: على وجوب الرجوع إذا كانت قريبة: ما روى سعيد ثنا جرير عن منصور عن سعيد ابن المسيب قال: «توفى أزواجٌ نساؤهن حاجَّاتٌ أو معتمرات فردهن عمر من ذى الحليفة حتى يعتددن فى بيوتهن»(١٠٩) ولأنه أمكنها الاعتداد فى منزلها قبل أن يبعد سفرها فلزمها كما

وعثمان، وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعى والثورى وأصحاب الرأى، فإن خرجت فمات زوجها فى الطريق رجعت إن كانت قريبة، لأنها فى حكم الإقامة، وإن تباعدت مضت فى سفرها، وقال مالك: ترد ما لم تحرم، والصحيح ما ذكرنا، لأنه يضر بها وعليها مشقة ولا بد لها من سفر وإن رجعت.

ويحد القريب بما لا تقصر إليه الصلاة، والبعيد بما تقصر فيه، قاله القاضى وهو قول لأبى حنيفة، إلا أنه لا يرى القصر إلا فى مدة ثلاثة أيام، فعلى قوله متى كان بينها وبين مسكنها دون ثلاثة أيام لزمها الرجوع إليه، وإن كان فوق ذلك لزمها المضى إلى مقصدها إذا كان بينها وبينه دون ثلاثة أيام، وإن كان بينها وبينه ثلاثة أيام وفى موضعها الذى هى به مكان يمكنها الإقامة فيه لزمتها الإقامة، وإلا مضت إلى مقصدها، وقال الشافعى: إن فارقت البنيان فلها الخيار بين الرجوع والتمام، لأنها صارت فى موضع أذن لها زوجها فيه وهو السفر فأشبه ما لو بعدت.

ولنا: على وجوب الرجوع على القريبة ما روى سعيد بإسناده عن سعيد بن المسيب قال: توفى أزواجٌ نساؤهن حاجَّاتٌ أو معتمرات فردهن عمر من ذى الحليفة حتى يعتددن فى بيوتهن، ولأنه أمكنها الاعتداد فى منزلها قبل أن تعتد فلزمها كما لو لم تفارق البنيان، وعلى

---

(١٠٩) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ٣١٧، ١٣٤٣) ومالك فى «الموطأ» (٢/ ٨٨/ ٥٩١، ٥٩٢) بنحوه، والبيهقى فى «السنن» الكبرى (٧/ ٤٣٥) وعبد الرزاق فى «مصنفه» (٧/ ٧٢/ ١٢٠٧٣).

لو لم تفارق البنيان، وعلى أن البعيدة لا يلزمها الرجوع إن كـان عليها مشقة وتحتاج إلى سفر فى رجوعهـا فأشبهت من بلغت مقصـدها، وإن اختارت البعيدة الرجـوع فلها ذلك إذا كانت تصل إلى منزلها قبل انقضاء عدتها ومتى كان عليها فى الرجوع خوف أو ضرر فلها المضى فى سفرها كما لو بعدت، ومتى رجعت وقد بقى عليها شىء من عدتها لزمها أن تأتى به فى منزل زوجها بلا خلاف نعلمه بينهم فى ذلك لأنه أمكنها الاعتداد فيه فلزمها كما لو لم تسافر منه.

فـصـل: ولو كانت عليها حجة الإسلام فمات زوجـها لزمتها العدة فى منزلها وإن فاتها الـحـج، لأن العدة فى المنزل تفوت ولا بدل لها والحج يمكن الإتيـان به فى غير هذا العام، وإن مات زوجها بعـد إحرامها بحج الفرض أو بحج أذن لها زوجها فـيه نظرت فإن كان وقت الحج متسـعًا لا تخاف فوته ولا فوت الرفـقة لزمها الاعتداد فى منزلـها لأنه أمكن الجمع بين الحقـين فلم يجز إسقـاط أحدهما، وإن خشـيت فوات الحج لزمهـا المضى فيه، وبهـذا قال الشافعى، وقـال أبو حنيفة: يلزمها المقـام وإن فاتها الحج لأنها معتـدة فلم يجز لها أن تنشئ سفرًا كما لو أحرمت بعد وجوب العدة عليها.

ولنا: أنهما عبادتان استويا فى الوجوب وضيق الوقت فوجب تقديم الأسبق منهما كما لو كانت العـدة أسبق، ولأن الحج آكد لأنه أحد أركـان الإسلام والمشـقة بتفويتـه تعظم فوجب تقديمه كـما لو مات زوجهـا بعد أن بعُد سفـرها إليه، وإن أحرمت بالحج بعد مـوت زوجها

أن البعيدة لا يلزمها الرجوع، لأن عليها مشقة وتحتاج إلى سفر طويل فى رجوعها أشبهت من بلغت مقصدها، وإن اختارت البعيـدة الرجوع فلها ذلك إذا كانت تصل إلى منزلها فى عدتها، ومتى كان عليها فى الرجوع خوف أو ضرر فلها المضى فى سفرها كالبعيدة ومتى رجعت وقد بقى عليهـا شىء من عدتها لزمهـا أن تأتى به فى منزل زوجها بلا خـلاف بينهم، لأنه أمكنها الاعتداد فيه فهو كما لو لم تسافر منه.

فـصل: ولو كان عليها حجة الإسلام فمـات زوجها لزمتها العدة فى منزلها، وإن فاتـها الحج، لأن العدة فـى المنزل تفوت ولا بدل لهـا، والحج يمكن الإتيان به بعـدها، وإن مات زوجها بعد إحرامـها بحج الفرض أو بحج أذن لها فيه وكان وقت الحج متـسعًا لا يخاف فوته ولا فوت الرفقة لزمها الاعتداد فى منزلها لإمكان الجمع بين الحقين، وإن خشيت فوات الحج لزمها المضى فيه وهو قول الشافعى، وقال أبو حنيفـة: يلزمها المقام، وإن فاتها، لأنها معتدة فلم يجز لها أن تنشئ سفرًا كما لو أحرمت بعد وجوب العدة عليها.

ولنا: أنهما عبادتان استويا فى الوجوب وضيق الوقت فوجب تقديم الأسبق منهما كما لو سبقت العدة، ولأن الحج آكد، لأنه أحد أركان الإسلام والمشـقة بتفويته تعظم فوجب تقديمه كما لو مـات زوجها بعد أن بعد سفـرها إليه، وإن أحرمت بالحج بعد موت زوجهـا وخشيت فواته، احتمل أن يجوز لهـا المضى إليه لما فى بقائها على الإحرام من المـشقة، واحتمل أن

وخشيت فواته احتمل أن يجوز لها المضى إليه لما فى بقائها فى الإحرام من المشقة، واحتمل أن يلزمها الاعتــداد فى منزلها لأن العدة أسبق ولأنها فرطت وغلظت على نفســها، فإذا قضت العدة وأمكنها السفــر إلى الحج لزمها ذلك، فإن أدركته وإلا تحللت بعمل عــمرة وحكمها فى القضــاء حكم من فاته الحج، وإن لم يمكنهــا السفر فحكمــها حكم المحــصر كالتى يمنعــها زوجها من السفر وحكم الإحرام بالعمرة كذلك إذا خيف فوات الرفقة أو لم يخف.

فــصــل: وإذا أذن لها زوجها للسـفر لغير النقلة فخرجت ثم مـات زوجها فالحكم فى ذلك كالحكم فى سفر الحج، على ما ذكرنا من التفصيل وإذا مضت إلى مقصدها فلها الإقامة حتى تقضى ما خرجت إليـه وتنقضى حاجتها من تجارة أو غيـرها وإن كان خروجها لنزهة أو زيارة أو لم يكن قدر لها مدة فإنها تقيم إقامة المســافر ثلاثًا، وإن قدر لها مدة فلها إقامتها لأن سفرها بحكم إذنه فكان لها إقامة ما أذن لها فيه فإذا مضت مدتها أو قضت حاجتها ولم يمكنها الرجوع لخوف أو غيره أتمت العدة فى مكانها وإن أمكنها الرجوع لكن لا يمكنها الوصول إلى منزلها حتى تنقضى عدتها لزمتها الإقـامة فى مكانها لأن الاعتداد وهى مقيمة أولى من الإتيان بها فى السفر، وإن كانت تصل وقد بقى من عدتها شىء لزمها العود لتأتى بالعدة فى مكانها.

فــصــل: وإن أذن الزوج لها فى الانتقـال إلى دار أخرى أو بلد آخر فمات قبل انتـقالها لزمها الاعـتداد فى الدار التى هى بها، لأنها بيتها وسواء مات قـبل نقل متاعها أو بعده، لأنها مسكنها ما لم تنتقل عنه، وإن مــات بعد انتقالها إلى الثانية اعتدت فيــها لأنها مسكنها، وسواء كانت قد نقلت متاعها أو لم تنقله وإن مات وهى بينهمــا فهى مخيرة لأنها لا مسكن لها منهما فإن الأولى قد خرجت عنها منتقلة فخرجت عن كونها مسكنًا لها، والثانية: لم تسكن بها فهما سواء، وقـيل يلزمها الاعتــداد فى الثانية لأنهــا المسكن الذى أذن لها زوجــها فى السكنى به، وهذا يمكن فى الدارين فأما إذا كان بلدين لم يلزمها الانتــقال إلى البلد الثانى بحال لأنها إنما كانت تنتقل لغرض زوجهــا فى صحبتها إياه وإقامتها مــعه فلو ألزمناها ذلك بعد موته لكلفناها السفر الشاق والتغريب عن وطنها وأهلها والمقام مع غيــر محرمها والمخاطرة بنفسها مع فوات

تلزمها العــدة فى منزلها، لأنها أسبق، ولأنهــا فرطت وغلظت على نفسها، فــإذا قضت العدة وأمكنها السفر إلى الحج لزمها ذلك، فإن أدركته وإلاَّ تحللت بعمرة وحكمها فى القضاء حكم من فاته الحج، وإن لم يمكنهــا السفر فهى كالمحــصرة التى يمنعها زوجهــا من السفر وحكم الإحرام بالعمرة كذلك إذا خيف فوات الرفقة أو لم يخف.

22- مــسـألة: (وأما المبتـوتة فلا تجب عليها عدة الوفاة فى منزله وتعـتد حيث شاءت)

نص عليه، قــال أصحابنا: لا يتـعين الموضع الذى تسكنه المـبتوتة فى الطلاق ســواء قلنا لها السكنى أو لم نقل، بل يتـخير الزوج بين إقــرارها فى موضع طلاقــها وبين نقلهــا إلى مسكن مثلها لحديث فاطمة بنت قيس يذكر فى النفقات إن شاء الله تعالى.

الغرض، وظاهر حال الزوج أنه لو علم أنه يموت لما نقلها فصارت الحياة مشروطة فى النقلة، فأمـا إن انتقلت إلى الثانية ثم عـادت إلى الأولى لنقل متاعـها فمات زوجـها وهى بها فعليـها الرجوع إلى الثانية لأنها صارت مسكنها بانتقالها إليها وإنما عادت إلى الأولى لحاجة والاعتبار بمسكنـها دون موضـعها، وإن مـات وهى فى الثانيـة فقالت أذن لى زوجى فى السـكنى بهذا المكان وأنكر ذلك الورثة، أو قـالت: إنما أذن لى زوجى فى المـجىء إليه لا فى الإقـامة به وأنكر ذلك الورثة، فالقول قولها لأنها أعـرف بذلك منهم، وكل موضع قلنا يلزمها السفر عن بلدها فهو مشروط بوجـود محرمها مسافراً معها والأمن علـى نفسها لقول رسول الله ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذى محرم من أهلها» أو كما قال(١١٠).

١٣٦٦- مسألة: قال: **(وإذا طلقها زوجها أو مات عنها وهو ناءٍ عنها فعدتها من يوم مات أو طلق إذا صح ذلك عندها وإن لم تجتنب ما تجتنبه المعتدة)**.

هذا المشهور فى المذهب وأنه متى مات زوجهـا أو طلقها فعدتها من يوم موته وطلاقه، وقال أبو بكر: لا خلاف عن أبـى عبد الله أعلمـه أن العدة تجب من حين الموت والطلاق إلا ما رواه إسـحاق بن إبراهيم، وهذا قول ابن عـمر وابن عباس وابـن مسعود ومـسروق وعطاء وجابر ابن زيد وابن سيرين ومجاهد وسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وسليمان بن يسار وأبـى قلابة وأبـى العالية والنخـعى ونافع ومالك والثورى والشافعى وإسحـاق وأبـى عبيد وأبـى ثور وأصحاب الرأى وعن أحمد إن قامت بذلك بينة فكما ذكرنا وإلا فعدتها من يوم يأتيها الخبر.

وروى ذلك عن سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز، ويروى عن على والحسن وقتادة وعطاء الخراسانى وخلاس بن عمرو: أن عدتها من يوم يأتيها الخبر، لأن العدة اجتناب أشياء وما اجتنبتها.

ولنا: أنها لو كـانت حاملاً فـوضعت حملهـا غير عالـمة بفرقة زوجـها لانقضت عـدتها فكذلك سائر أنواع العدد، ولأنه زمان عقيب المـوت أو الطلاق فوجب أن تعتد به كما لو كان

والمستـحب إقرارها لقوله سـبحانه: ﴿**لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ**﴾ (الطلاق: ١) ولأن فيه خروجًا من الخلاف فإن الذين يرون لها السكنى يوجبون عليها الاعتداد فى منزلها فإن كان فى بيت يملـك الزوج سكناه يصلح لمثلها اعتدت فيه، فإن ضاق عنهما انتـقل عنها، لأنه يستحب سكناها فى البيت الذى طلقهـا فيه، وإن اتسع الموضع لهما وأمكنهمـا السكنى فى موضع منفرد كالحجرة وعلو الدار وبينهـما باب مغلق جاز وسكن الزوج فى الباقى كالحجرة بين المتجاورين وإن لم يكن بينهما باب مغلق لكن لها موضع تستر فيه بحيث لا يراها ومعها محرم تتـحفظ به جاز وتركه أولى، ولا يجوز مع عدم المحرم، لأن

---

(١١٠) أخرجه البخارى فى كتاب «التقصير» (٢/ ٥٤) ومسلم (٢/ حج/ ٩٧٧).

حاضراً ولأن القصد غير معتبر فى العدة بـدليل أن الصغيرة والمجنونة تنقضى عدتهما من غير قصد ولم يعدم ههنا إلا القصد وسواء فى هذا اجتنبت مـا تجتنبه المعتدات أو لم تجتنبه، فإن الإحداد الواجب ليس بشرط في العدة فلو تركته قصداً أو عن غـير قصد لانقضت عدتها، فإن الله تعالى قال: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة: ٢٢٨) وقال: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ (الطلاق: ٤) وقال: ﴿وَأُوْلاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٤) وفى اشتراط الإحداد مخالفة هذه النصوص فوجب ألا يشترط.

الخلوة بالأجنبية محرمة، وإن امتنع من إسكانهـا وكانت ممن لها عليه السكنى أجبره الحاكم، فإن لم يكن ثم حـاكم رجعت على الزوج، وإن وجد الحاكم فـفى رجوعها روايتـان فإن كان الزوج حاضـراً ولم يمنعها الـمسكن فاكـترت لنفسـها مسكنًا أو سكنت فى مـوضع تملكه لم ترجع، لأنها تبـرعت بذلك، وإن عجز الزوج عن إسكانها لعـسرته أو غيبتـه أو امتنع منه مع المقدرة سكنت حيث شاءت.

باب فى استبراء الإماء

ويجب الاستبراء فى ثلاثة مواضع:

أحـدها: إذا ملك أمة لم يحل له وطؤها ولا الاستمتاع بها بمباشرة أو قبلة حتى يستبرئها إلا المسبية هل له الاستمتاع منها بما دون الفرج؟ على الروايتين.

من ملك أمة بسبب من أسباب الملك كالبيع والهبة والإرث وغير ذلك لم يحل له وطؤها حتى يستبـرئها بكرًا كانت أو ثيبًا، صغـيرة أو كبيرة ممن تحمل أو مـمن لا تحمل، هذا قول الحسن وابن سيرين وأكثر أهل العلم منهم مالك والشـافعى وأصحاب الرأى، وقال ابن عمر: لا يجب استبراء البكر، وهو قول داود، لأن الغرض بالاستـبراء معرفة براءتها من الحمل وهذا معلوم فى البكر فلا حاجة إلى الاستبراء، وقال الليث: إن كانت ممن لا يحمل مثلها لم يجب استبراؤها لذلك، وقال عثمان البتى: يجب الاستبراء على البائع دون المشترى، لأنه لو زوجها لكان الاستبراء على السيد دون الزوج، كذلك ههنا.

ولنا: ما روى أبو سـعيد أن النبى ﷺ نهى عام أوطاس أن توطأ حـامل حتى تضع ولا غير حامل حتى تحيض[1]، رواه أحمد فى المسند.

وعن رويفع بن ثابت قال: إننى لا أقـول إلا ما سمـعت من رسول الله ﷺ، سمعـته يقول: «لا يحل لامـرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السـبى حتى يستـبرئها بحيـضة» رواه أبو داود[2]، وفى لفظ قال: سمـعت رسول الله ﷺ يوم حنين يقول: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسق ماءه زرع غيره، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبى حتى يستبرئها بحيضة» روه الأثرم[3] ولأنه ملك جارية محرمة عليه فلم تحل له قبل استـبرائها كالبنت التى تحمل، ولأنه سـبب وجب للاستبراء فلم تفترق الحـال فيه بين البكر والثيب والـتى تحمل والتى لا تحمل كـالعدة، قال أبو عـبد الله: قد بـلغنى أن العذراء تحمل فقال له بعض أهل المجلس: نعم قد كان فى جيراننا، وذكره بعض أصحاب الشافعى، وما ذكروه يبطل بما إذا اشتراها من امرأة أو صبى أو من تحرم عليه برضاع أو غيره، وما ذكره البتى لا يصح، لأن الملك قد يكون بالسبى والإرث والوصية فلو لم يسـتبرئها المشترى أفضى إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب والفرق بين البيع والتزويج أن التزويج لا يراد إلا للاستمتاع فلا يجـوز إلا فيمن تحل له فـوجب أن يتقدمـه الاستبـراء، ولهذا لا يصح تزويج معـتدة ولا

---

(1) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٣/ ٢٨، ٦٦) وإسناده صحيح.

(2) أخرجه الدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢٤٧٧) وأبو داود فى «السنن» (٢/ ح٢١٥٨).

(3) تقدم برقم (2).

مرتدة ولا مجوسية ولا وثنية ولا محرمة بالرضاع ولا المصاهرة، والبيع يراد لغير ذلك فصح قبل الاستبراء ولهذا صح فى هذه المحرمات، ووجب الاستبراء على المشترى لما ذكرناه.

1- مسألة: (ويحرم الاستمتاع بالقبلة والنظر لشهوة).

والاستمتاع بها فيما دون الفرج إذا لم تكن مسبية رواية واحدة، وقال الحسن: لا يحرم من المستبرأة إلاَّ فرجها وله أن يستمتع منها بما شاء ما لم يمس، لأن النبى ﷺ إنما نهى عن الوطء، ولأنه تحريم للوطء مع ثبوت الملك فاختص بالفرج كالحيض.

ولنا: أنه استبراء يحرم الوطء فحرم الاستمتاع كالعدة، ولأنه لا يأمن كونها حاملاً من بائعها فتكون أم ولد، فلا يصح بيعها فيكون مستمتعًا بأم ولد غيره، وبهذا فارق الحائض، فأما المسبية ففيها روايتان: **إحداهما:** تحريم مباشرتها، وهو ظاهر كلام الخرقى، وهو الظاهر عن أحمد إذا كان لشهوة قياسًا على العدة، ولأنه داعية إلى الوطء المحرم المفضى إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب فأشبهت المبيعة، **والرواية الثانية:** لا يحرم، لما روى عن ابن عمر أنه قال: وقع فى سهمى يوم جلولاء جارية كأن عنقها إبريق فضة فما ملكت نفسى أن قمت إليها فقبلتها والناس ينظرون، ولأنه لا نص فى المسبية ولا يصح قياسها على المبيعة، لأنها تحتمل أن تكون أم ولد للبائع فيكون مستمتعًا بأم ولد غيره ومباشرًا لمملوكة غيره والمسبية مملوكة له على كل حال، وإنما حرم وطؤها لئلا يسقى ماءه زرع غيره.

2- مسألة: (وسواء ملكها من صغير أو كبير أو رجل أو امرأة أو مجبوب أو من رجل قد استبرأها ثم لم يطأها لقوله ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة» ولأنه يجوز أن تكون حاملاً من غير البائع فوجب استبراؤها كالمسبية من امرأة).

3- مسألة: (وإن أعتقها قبل استبرائها لم يحل له نكاحها حتى يستبرئها ولها نكاح غيره إن لم يكن بائعها يطؤها).

إذا اشترى أمة فأعتقها قبل استبرائها لم يجز أن يتزوجها حتى يستبرئها، وبه قال الشافعى، وقال أصحاب الرأى: له ذلك، ويروى أن الرشيد اشترى جارية فتاقت نفسه إلى جماعها قبل استبرائها وأمره أبو يوسف أن يعتقها ويتزوجها ويطأها، قال أبو عبد الله: وبلغنى أن المهدى اشترى جارية فأعجبته فقيل له: أعتقها وتزوجها، قال أبو عبد الله: ما أعظم هذا! أبطلوا الكتاب والسنة جعل الله على الحرائر العدة من أجل الحمل فليس من امرأة تطلق أو يموت زوجها إلاَّ وتعتد من أجل الحمل وسن رسول الله ﷺ استبراء الأمة بحيضة من أجل الحمل، ففرج يوطأ يشتريه، ثم يعتقها على المكان، ثم يتزوجها فيطؤها، يطؤها رجل اليوم ويطؤها الآخر غدًا فإن كانت حاملاً كيف يصنع؟ هذا نقض الكتاب والسنة، قال النبى ﷺ: «لا توطأ الحامل حتى تضع ولا غير الحامل حتى تحيض»[4] وهذا لا يدرى أهى حامل أم

(4) انظر الحديث برقم (٧٣) مسألة رقم (١٣٦١) مغنى.

لا؟ ما أسمج هذا! قيل له: إن قومًا يقولون هذا، فـقال: قبح الله هذا وقبح من يقوله، وفيما نبه عليه أبو عبد الله من الأدلة كفاية، إذا ثبت هذا فليس له تزويجها لغيره قبل استبرائها إذا لم يعتقها، لأنها ممن يجب استبراؤها فلم يجز أن تتزوج كالمعتدة، وسواء فى ذلك المستبرأة من رجل يطؤها، أو من رجل قد اشتراها ثم لم يطأها أو ممن لا يمكنه الوطء كالصبى والمجبوب والمرأة، وقال الشافعي: إذا اشتراها ممن لا يطؤها فله تزويجهـا سواء أعتقها أو لم يعتقها وله أن يتزوجها إذا أعتقها، لأنها ليست فراشًا وقد كـان لسيدها تزويجها قبل بيعها فجاز ذلك بعد بيعها، ولأنها لو عتـقت على البائع بإعتاقه أو غيره لجاز لكل أحد نكاحـها فكذلك إذا أعتقها المشترى.

ولنا: عمـوم قوله ﷺ: «لا توطأ حائل حتى تسـتبرأ بحيـضة» ولأنها أمة يحـرم عليه وطؤها قبل استبرائها فحرم عليه تزويجها والتزوج بهـا كما لو كان بائعها يطؤها فأما إن أعتقها فى هذه الصورة فله تزويجهـا بغيره لأنها حرة لم تكن فراشًـا فأبيح لها النكاح كما لو أعـتقها البائع، وفارق المـوطوءة فإنها فراش يجب عليها اسـتبراء نفسها فـحرم عيها النكاح كالـمعتدة وفارق ما إذا أراد سيدها نكاحها فـإنه لم يكن له وطؤها بملك اليمين فلم يكن له أن يتزوجها كالمعتدة، ولأن هذا يتخذ حيلة على إبطال الاستبراء فحرم بخلاف تزويجها لغيره.

4- **مسألة: (والصغيرة التى لا يوطأ مثلها هل يجب استبراؤها؟ على وجهين).**

أحدهما: يجب، وهو ظاهر كلام أحمد فى أكثر الروايات عنه فإنه قال: تستبرأ وإن كانت في المهد وتحرم مباشرتها على هذه الرواية كالكبـيرة، لأن الاستبراء يجب عليها بالعدة كذلك هذا.

وروى عنه أنه قال: إن كانت صـغيرة تأتى شيئًـا يسيرًا إذا كانت رضيـعة، وقال فى رواية أخرى: تستبـرأ بحيضة إن كانت تحيض وإلا ثلاثة أشهر إن كـانت ممن يوطأ ويحبل، فظاهر هذا أنه لا يجب استبراؤها ولا تحرم مباشرتـها، وهذا اختيار ابن أبى موسى وقول مالك وهو الصحيح، لأن سـبب الإباحة متحقق وليس علـى تحريمها دليل، فإنه لا نص فـيه ولا معنى نص ولا يراد لبراءة الرحم ولا يوجد الشغل فى حقها.

5- **مسألة: (وإن اشترى زوجته لم يلزمه استبراؤها لأنها فراش له).**

فلم يلزمه استـبراؤها من مائه لكن يستحب ذلك ليـعلم هل الولد من النكاح ليكون عليه ولاء له لأنه عتق بملـكه ولا تصير به الجـارية أم ولد أو هو حادث فى ملك يمـينه فلا يكون عليه ولاء تصـير به الأمة أم ولد، ومـتى تبين حملهـا فله وطؤها، لأنه قد تبـين الحمل وزال الاشتباه.

6- **مسألة: (أو عجزت مكاتبته حلت لسيدها بغير استبراء).**

وبهذا قال أبو حنيفة، وكذلك إن ارتدت أمته ثم أسلمت أو زوج الرجل أمته فطلقها الزوج لم يلزم السيد استبراؤها، وقال الشافعى: يجب عليه الاستبراء فى هذا كله، لأنه زال ملكه عن استمتاعها ثم عاد فأشبهت المشتراة.

ولنا: أنه لم يتجدد ملكه عليها فأشبهت المحرمة إذا حلت، وإن فك أمته من الرهن حلت بغير استبراء بغير خلاف، فكذلك هذا، ولأن الاستبراء إنما شرع لمعنى مظنته تجديد الملك فلا يشرع مع تخلف المظنة والمعنى.

7- مسألة: (**أو أسلمت أمته المجوسية أو المرتدة أو الوثنية التى حاضت عنده أو كان هو المرتد فأسلم فهى حلال بغير استبراء**).

إذا ملك مجوسية أو وثنية فأسلمت قبل استبرائها لم تحل حتى يستبرئها أو يتم ما بقى من استبرائها لما مضى، فإن استبرأها ثم أسلمت حلت بغير استبراء، وقال الشافعى: لا تحل حتى يجدد أستبراءها بعد إسلامها، لأن ملكه تجدد على استمتاعها فأشبه من تجدد ملكه على رقبتها.

ولنا: قوله ﷺ: «لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة» وهذا ورد فى سبايا أوطاس وهن مشركات، ولم يأمر فى حقهن بأكثر من حيضة، ولأنه لم يتجدد ملكه عليها ولا أصابها وطء من غيره فلم يلزمه استبراؤها كما لو حلت المحرمة، ولأن الاستبراء إنما وجب كيلا يفضى إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب ومظنة ذلك تجديد الملك على رقبتها ولم يوجد.

8- مسألة: (**أو اشترى مكاتبة ذوات رحمه فحضن عنده ثم عجز أو اشترى عبده التاجر أمة فاستبرأها ثم أخذها سيده منه، فإنها تحل بغير استبراء، لأن ملكه ثابت على ما فى يد عبده فقد حصل استبراؤها فى ملكه**).

وأما إذا اشترى مكاتبه أمته فاستبرأها ثم صارت إلى سيده ولم تكن من ذوات رحم المكاتب فعلى السيد استبراؤها، لأن ملكه تجدد عليها إذ ليس للسيد ملك ما فى يد مكاتبه، فإن كانت من ذوات محارمه فإنها تباح للسيد بغير استبراء كذلك ذكره أصحابنا، لأنه يصير حكمها حكم المكاتب إن رق رقت وإن عتق عتقت والمكاتب عبد ما بقى عليه درهم.

فصل: فإن وطء الجارية التى يلزمه استبراؤها قبل استبرائها أثم، والاستبراء باق بحاله، لأنه حق عليه فلا يسقط بعدوانه، فإن لم تعلق منه استبرأها بما كان يستبرئها به قبل الوطء وتبنى على ما مضى من الاستبراء، وإن علقت منه فمتى وضعت حملها استبرأها بحيضة ولا يحل له الاستمتاع بها فى حال حملها، لأنه لم يستبرئها، وإن وطئها وهى حامل حملاً كان موجوداً حين البيع من غير البائع فمتى وضعت حملها انقضى استبراؤها، قال أحمد: ولا يلحق بالمشترى ولا يبيعه ولكن يعتقه، لأنه قد شرك فيه، لأن الماء يزيد فى الولد، وقد روى

أبو داود بإسناده عن أبى الدرداء عن النبى ﷺ أنه مر بامرأة مجح على فسطاط فقال: «لعله يريد أن يلم بها؟ ـ قالوا: نعم، فقال رسـول الله ﷺ: لقد هممت أن ألعنه لعنًا يدخل معه قبره، كـيف يورثه وهو لا يحل له أو كيف يستخـدمه وهو لا يحل له؟»(5) ومـعـناه أنه إن استلحقـه وشركه فى ميراثه لم يحل له، لأنه ليس بولده، وإن اتخـذه مملوكًا له لم يحل له، لأنه قد شرك فيه لكون المـاء يزيد فى الولد، وعن ابن عباس قال: نهى رسول الله ﷺ عن وطء الحبالى حتى يضعن ما فى بطونهن، رواه النسائى(6).

9- مسألة: (وإن وجد الاستبراء فى يد البائع قبل القبض أجزأ ويحتمل أن لا يجزئ).

لا يكون الاستبراء إلا بعد ملك المشترى لجميع الأمة فلو ملك بعضها ثم ملك باقيها لم يحتسب الاستبراء إلا من حين ملك باقيهـا، فإن ملكها ببيع فيه، لخيار انبنى على نقل الملك فى مدته، فإن قلنا: يـنتقل فابتداء الاستـبراء من حين البيع، وإن قلنا: لا ينتـقل فابتداؤه من حين انقطع الخـيار، وإن كان المبـيع معينًا فـابتداؤه من حين البـيع، لأن العيب لا يمنع نقل الملك بغير خلاف، فـإن ابتدأ الاستبراء بعد البيع وقبل القبض أجـزأ فى أظهر الوجهين، لأن الملك ينتقل به والثانى لا يجزئ، لأن القصد معرفة براءتها من مال البائع ولا يحصل ذلك مع كونها فى يده.

10- مـسـألة: (وإن باع أمته ثم عادت إلـيه بفسخ أو غيره بعد القبـض وجب استبراؤها، وإن كان قبله فعلى روايتين).

أما إذا عادت إليـه بعد القبض وافتـراقهما لزمـه استبراؤها، لأنه تجديـد ملك سواء كان المشترى لها رجل أو امرأة، وإن كان ذلك قبل افتراقهمـا أو قبل غيبة المشترى بالجارية فعليه الاستبراء أيضًا فى إحدى الروايتين، وهو مذهب الشافعى، لأنه تجديد ملك والثانية ليس عليه استبراء وهذا قول أبى حنيفة إذا تقايلا قبل القبض، لأنه لا فائدة فى الاستبراء مع يقين البراءة.

11- مسألة: (وإذا اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول وجب استبراؤها).

نص عليه أحمد وقال: هذه حيلة وضعها أهل الرأى لا بد من استبراء، لأنها تجدد الملك فيهـا ولم يحصل استبراؤها فى ملكه، فلم تحل بغـير استبراء كمـا لو لم تكن مزوجة، ولأن إسقاطه ههنا ذريعة إلى إسـقاط الاستبراء فى حق من أراد إسقاطه، بأن يزوجهـا عند بيعها ثم يطلقها زوجها بعد تمام البيع والحيل حرام.

12- مسألة: (وإن كان بعده لم يجب فى أحد الوجهين).

أما إذا كان الزوج دخل بها ثم طلقها فعليها العدة ولا يلزم المشترى استبراؤها، لأن ذلك

(5) أخرجه مسلم فى كتاب «النكاح» (٢/ ١٣٩/ ١٠٦٥، ١٠٦٦) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ٢١٥٥).
(6) أخرجه النسائى فى «البيوع» (٧/ ح٤٦٥٩) وإسناده صحيح.

قد حصل بالعدة، ولأنها لو عتقت لم يجب عليها مع العدة استبراء، ولأنها قد استبرأت نفسها ممن كانت فراشًا له فأجزأ ذلك، كما لو استبرأت نفسها من سيدها إذا كانت خالية من زوج، وإن استبرأها وهى معتدة من زوجها لم يجب عليه الاستبراء، لأنها لم تكن فراشًا لسيدها وقد حصل الاستبراء من الزوج بالعدة، ولذلك لو عتقت فى الحال لم يجب عليها استبراء، وقال أبو الخطاب فى المزوجة: هل يدخل الاستبراء فى العدة؟ على وجهين، وقال القاضى فى المعتدة: يلزم السيدة استبراؤها بعد قضاء العدة ولا يتداخلان، لأنهما من رجلين، ومفهوم كلام أحمد ما ذكرناه أولاً، لأنه علل فيما قبل الدخول بأنها حيلة وضعها أهل الرأى ولا يوجد ذلك ههنا، ولا يصح قولهم: إن الاستبراء من رجلين، فإن السيد ههنا ليس له استبراء.

فصل: إذا كانت الأمة لرجلين فوطئاها ثم باعاها لرجل آخر أجزأ استبراء واحد، لأنه يحصل به معرفة البراءة، **فإن قيل:** فلو أعتقها ألزمتموها استبراءين، **قلنا:** وجوب الاستبراء فى حق المعتقة معلل بالوطء ولذلك لو أعتقها وهى ممن لا يطؤها لم يلزمها استبراء وقد وجد الوطء من اثنين فلزمها حكم وطئها، وفى مسألتنا هو معلل بجديد الملك لا غير، ولهذا يجب على المشترى الاستبراء سواء كان سيدها يطؤها أو لم يكن، والملك واحد فوجب أن يتجدد الاستبراء الثانى إذا وطئ أمته ثم أراد تزويجها لم يجزئ حتى يستبرئها، وإن أراد بيعها فعلى روايتين، وإن لم يكن بائعها يطؤها لم يجب استبراؤها فى الموضعين، أما إذا أراد تزويجها وكان يطؤها وجب عليه استبراؤها قبل تزويجها وجهًا واحدًا، لأن الزوج لا يلزمه استبراء فيفضى إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب وهو قول الثورى والشافعى، وقال أصحاب الرأى: ليس عليها استبراء، لأن له بيعها فكان له تزويجها كالتى لا يصيبها وتستبرئ بحيضة، وقال عطاء وقتادة: عدتها حيضتان كعدة الأمة المطلقة.

ولنا: أنها فراش لسيدها، فلم يجز أن تنتقل إلى فراش غيره بغير استبراء، كما لو مات عنها، ولأنها موطوءة وطئًا له حرمة فلزمه استبراؤها قبل التزويج كالموطوءة بشبهة، ولأنه يفضى إلى أن يطأها سيدها اليوم وزوجها غدًا فيفضى إلى اختلاط المياه، وهذا لا يحل، ويفارق البيع، فإنها لا تصير للمشترى فراشًا حتى يستبرئها فلا يفضى إلى اختلاط المياه، ولهذا يصح بيع المزوجة والمعتدة بخلاف تزويجها على أن لنا فى البيع منعًا أيضًا أنه لا يجوز، فإن أراد بيعها وكان لا يطؤها أو كانت آيسة فليس عليه استبراؤها لكن يستحب ذلك ليعلم خلوها من الحمل فيكون أحوط للمشترى وأقطع للنزاع، قال أحمد: وإن كانت لامرأة فإنى أحب أن لا تبيعها حتى تستبرئها بحيضة فهو أحوط لها، وإن كان يطؤها أو كانت آيسة فليس عليه استبراء، لأن انتفاء الحمل معلوم، وإن كانت ممن يحمل وجب عليه استبراؤها **فى أصح الروايتين**، وبه قال النخعى والثورى، **والثانية:** لا يجب عليه، وهو قول أبى حنيفة

ومالك والشـافعى، لأن عبـد الرحمن بن عوف بـاع جارية كان يطؤها قـبل استبـرائها، ولأن الاستبراء على المشترى فلا يجب على البائع ولأن الاستبراء فى حق الحرة آكد ولا يجب قبل النكاح وبعده، كذلك لا يجب فى الأمة قبل البيع وبعده.

ولنا: أن عمـر أنكر على عبد الرحـمن بن عوف بيع جارية كـان يطؤها قبل استبـرائها، فروى عبد الله بن عبـيد بن عمير، قال: باع عبد الرحمن بن عوف جـارية كان يقع عليها قبل أن يستبرئها فظهـر بها حمل عند الذى اشتراها فخاصموه إلى عمـر، فقال له عمر: كنت تقع عليها؟ قال: نعم، قال: فبعتها قبل أن تستبرئها؟ قال: نعم، قال: ما كنت لذلك بخليق: قال فدعا القافة فنظروا إليه فألحقوه به[7]، ولأنه يجب على المشترى الاستبراء لحفظ مائه فكذلك البائع ولأنه قبل الاسـتبراء مشكوك فى صحـة البيع وجوازه لاحتمـال أن تكون أم ولد فيجب الاستبراء لإزالة الاحتمـال ولأنه قد يشتريها فيفضى إلى اختلاط الميـاه واشتباه الأنساب، فإن باع فالبـيع صحيح فى الظاهر لأن الأصل عـدم الحمل ولأن عمـر وعبد الرحـمن لم يحكما بفساد البـيع فى الأمة التى باعها قبل اسـتبرائها إلا بلحاق الولد به، ولو كـان البيع باطلاً قبل ذلك لم يحتج إلى ذلك، قـال شيخنا: وذكـر أصحابنا الـروايتين فى كل أمة يطؤها من غـير تفريق بيـن الآيسة وغيـرها، والأولى أن ذلك لا يجب فى الآيسة لأن علة الوجـوب احتـمال الحمل وهو وهم بعيد والأصل عدمه فلا يثبت به حكم بمجرده.

فصل: إذا اشترى جارية فظهر بها حمل لم يخل من أحوال خمسة:

أحدها: أن يكون البائع أقر بوطئها عند البيع أو قبله وأتت بولد لدون ستة أشهر أو يكون البائع ادعى الولد فصدقه المشترى، فإن الولد يكون للبائع والجارية أم ولد له والبيع باطل.

والثـانى: أن يكون أحدهما استـبرأها ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهـر من حين وطئها المشترى، فالولد للمشترى والجارية أم ولد له.

الحـال الثـالث: أن تأتى به لأكثر من ستة أشهر بعد اسـتبراء أحدهما لها ولأقل من ستة أشهر منذ وطئـها المـشـترى، فلا يلحـق نسبه بواحد منهمـا ويكون ملكًا للمشترى ولا يملك فسخ البيع لأن الحـمل تجدد فى ملكه ظاهرًا، فإن ادعاه كل واحـد منهما فهو للمـشترى لأنه ولد فى ملكه مع احتمال كونـه منه، وإن ادعاه البائع وحده فصدقه المشتـرى لحقه وكان البيع باطلاً وإن كذبه فـالقول قول المـشترى فى ملك الولد لأن المـلك انتقل إليه ظاهرًا فـلا تقبل دعوى البائع فيـما يبطل حقه كما لو أقر بعـد البيع أن الجارية مغصوبة أو معـتقة، وهل يثبت نسب الولد مع البـائع؟ فيه وجـهان: **أحـدهـمـا:** يثبت، لأنـه نفع للولد من غيـر ضرر على المشترى فـيقبل قوله فيه كـما لو أقر لولده بمال، **والثـــانى:** لا يقبـل، لأن فيه ضـررًا على

---

(7) أخرجه ابن أبى شيبة فى «مصنفه» (٣/ ١/ ٣٤٧).

المشترى فإنه لو أعتقه كان أبوه أحق بماله منه ميراثًا وكذلك لو أقر عبدان كل واحد منهما بأخوة صاحبه لم يقبل إلا ببينة.

الحال الرابع: أن تأتى به بعد ستة أشهر منذ وطئها المشترى وقبل استبرائها، فنسبه لاحق بالمشترى، فإن ادعاه البائع فأقر له المشترى لحقه وبطل البيع وإن كذبه فالقول قول المشترى، وإن ادعى كل واحد منهما أنه من الآخر عرض على القافة فألحق بمن ألحقته به لحديث عبد الرحمن بن عوف ولأنه يحتمل أن يكون من كل واحد منهما، فإن ألحقته بهما لحق بهما وينبغى أن يبطل البيع فتكون الجارية أم ولد للبائع لأنا نتبين أنها كانت حاملاً منه قبل بيعها.

الحال الخامس: أتت به لأقل من ستة أشهر منذ باعها ولم يكن أقر بوطئها، فالبيع صحيح فى الظاهر والولد مملوك للمشترى، فإن ادعاه البائع فالحكم فيه كما ذكرنا فى الحال الثالث سواء.

الموضع الثالث: إذا أعتق أم ولده أو أمته التى كان يصيبها أو مات عنها لزمها الاستبراء، لأنها صارت فراشًا له فلم تحل لغيره قبل استبرائها لئلا يفضى إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب إلا أن تكون مزوجة أو معتدة فلا يلزمها استبراء، وإذا زوج أم ولده ثم مات عتقت، ولم يلزمها استبراء، لأنها محرمة على المولى وليست له فراشًا وإنما هى فراش للزوج فلم يلزمها الاستبراء ممن ليست له فراشًا ولأنه لم يزوجها حتى استبرأها، فإنه لا يحل له تزويجها قبل استبرائها، وفيه خلاف ذكرناه، وكذلك إن أعتقها أو مات عن أمة كان يطؤها أو أعتقها فهى على ما ذكرناه، فإن زوجها فطلقها الزوج قبل دخوله بها فلا عدة عليها أيضًا، لأنه لم يوجد فى حقها ما يوجب الاستبراء، فإن طلقها بعد المسيس أو مات عنها قبل ذلك أو بعده فلها عدة حرة كاملة، ولأنها قد صارت حرة فى حال وجود العدة عليها، وإن مات سيدها وهى فى عدة الزوج عتقت ولم يلزمها استبراء لما ذكرناه، ولأنه زال فراشه عنها قبل موته فلم يلزمها استبراء من أجله كغير أم الولد إذا باعها ثم مات، وتبنى على عدة أمة كان طلاقها بائنًا وكانت متوفى عنها وإن كانت رجعية بنت على عدة حرة على ما ذكرنا، وإن بانت من الزوج قبل الدخول بطلاق أو بانت بموت زوجها أو طلاقه بعد الدخول فأتمت عدتها ثم مات سيدها فعليها الاستبراء، لأنها عادت إلى فراشة، وقال أبو بكر: لا يلزمها استبراء إلاَّ أن يردها السيد إلى نفسه، لأن فراشة قد زال بتزويجها ولم يتجدد لها ما يردها إليه فأشبهت الأمة التى لم يطأها.

13- مسألة: (وإن مات زوجها أو سيدها ولم يُعلم السابق منهما وبين موتهما أقل من شهرين وخمسة أيام لزمها بعد موت الآخر منهما عدة الوفاة حسب وليس عليها استبراء).

لأن السيد إن كان مات أولاً فقد مات وهى زوجة، وإن كان مات آخرًا فقد مات وهى

معتدة وليس عليـها استبراء فى هاتين الحالتـين، وعليها أن تعتد بعد موت الآخـر منهما عدة حرة، لأنه يحتمل أن سيدها مات أولاً ثم مات زوجهـا وهى حرة فلزمتها عدة الحرائر لتخرج من العدة بيقين، وكذلك على قول أبى بكر، لأنه ليس عليهـا عدة استبراء، لأن فراش سيدها قد زال عنها ولم تعد إليه فتلزمها عدة حرة لما ذكرنا.

14- مـسـألة: (وإن كان بينهمـا أكثر من ذلك أو جهلت المـدة فعليها بعـد موت الآخر منهما أطول الأجلين من أربعة أشهر وعشراً واستبراء بحيضة).

لأنه يحتمل أن السيد مات أولاً فيكون عليها عدة الحرة من الوفاة، ويحتمل أنه مات آخراً بعد انقضاء عدتهـا من الزوج وعودها إلى فراشه فوجب الجمع بينهما ليـسقط الفرض بيقين، قال ابن عبد البـر: وعلى هذا جميع القائلين من العلماء بأن عدة أم الولد من سيـدها حيضة، ومن زوجها شـهران وخمس ليال، وقول أصـحاب الشافعى فى هذا الفصل كـقولنا، وكذلك قول أبى حنيفـة وأصحابه إلا أنهم جعلوا مكان الـحيضة ثلاث حيـضات بناء على أصلهم فى استبراء أم الولد، وقال ابن المنذر: حكمها حكم الإماء وعليـها شهران وخمسة أيام ولا أنقلها إلى حكم الحرائر إلا بإحـاطة أن الزوج مات بعد المـولى، وقيل: إن هذا قول أبى بكر عـبد العزيز أيضًا والذى ذكرناه أحوط.

فـصل: فأما الميراث فإنهـا لا ترث من زوجها شيئًا، لأن الأصل الرق والحرية مشكوك فيها فلم ترث مع الـشك، والفرق بين العدة والإرث أن إيجاب العدة عليهـا استظهار لا ضرر فيه على غيرها وإيجاب الإرث إسقاط لحق غيرها، ولأن الأصل تحريم النكاح عليها فلا يزول إلا بيقين، والأصل عدم الميـراث لها فلا يزول إلا بيقين، **فإن قـيل:** أليس زوجة المـفقود لو مات وقف ميراثه مع الشك فى إرثه؟ **قلنا:** الفرق بينهما أن الأصل ههنا الرق والشك فى زواله وحدوث الحال التى يرث فـيها، والمفقـود الأصل حياته والشك فى موته وخـروجه عن كونه وارثًا فافترقا.

فـصل: فإن أعتق أم ولده أو أمته التى كان يصيبها أو غيرهما ممن تحل له إصابتها ثم أراد أن يتزوجها فله ذلك فى الحال من غير استبراء، لأن النبى ﷺ أعتق صفية وتزوجها وجعل عتقها صداقها(8) وقال ﷺ: «ثلاثة يؤتون أجرهم مرتين: رجل كانت له أمة فأدبها فأحسن تأديبها وعلمهـا فأحسن تعليمها ثم أعتقـها وتزوجها»(9) ولم يذكر اسـتبراء، ولأن الاسـتبراء لصيانة مـائه وحفظ نسبه عن الاختلاط بـماء غيره ولا يصان ماؤه عن مـائه، ولهذا كان له أن يتزوج مختلعة فى عدتها.

---

(8) تقدم برقم (٧١) من كتاب المغنى مسألة رقم (١٠٩٩).

(9) أخرجه البخارى (٤/ ١٧٤) ومسلم (١/ ٩٣).

وقد روى عن أحمد فى الأمة التى لا يطؤها: إذا أعتقها لا يتزوجها بغير استبراء، لأنه لو باعها لم تحل للمشترى بغير استبراء، والصحيح أنها لا تحل له، لأنه يحل له وطؤها بملك اليمين فكذلك بالنكاح كالتى كان يصيبها، ولأن النبى ﷺ أعتق صفية وتزوجها ولم يقل إنه كان قد أصابها، والحديث الآخر يدل على حلها له بظاهره لدخولها فى العموم، ولأنها تحل لمن يتزوجها سواه فله أولى، ولأنه لو استبرأها ثم أعتقها ثم تزوجها فى الحال كان جائزًا حسنًا، فكذلك هذه فإنه تارك لوطئها، ولأن وجوب الاستبراء فى حق غيره إنما كان لصيانة مائه عن الاختلاط بغيره ولا يوجد ذلك ههنا، وكلام أحمد محمول على من استبرأها ثم تزوجها قبل استبرائها.

فصل: إذا كانت له أمة يطؤها فاستبرأها ثم أعتقها لم يلزمها استبراء، لأنها خرجت عن كونها فراشًا باستبرائها وإن باعها فأعتقها المشترى قبل وطئها لم تحتج إلى استبراء لذلك، وإن باعها قبل استبرائها فأعتقها المشترى قبل وطئها واستبرائها فعليها استبراء نفسها فإن مضى بعض الاستبراء فى ملك المشترى لزمها إتمامه بعد عتقها ولا ينقطع بانتقال الملك فيها، لأنها لم تصر فراشًا للمشترى ولم يلزمها استبراء بإعتاقه.

15- مسألة: (وإن اشترك رجلان فى وطء أمة لزمها استبراءان).

وقال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين: يلزمها استبراء واحد، لأن القصد معرفة براءة الرحم ولذلك لا يجب استبراء بأكثر من حيضة واحدة وبراءة الرحم تعلم باستبراء واحد.

ولنا: أنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالعدتين، ولأنهما استبراءان من رجلين فأشبها العدتين، وما ذكروه يبطل بالعدتين من رجلين.

فصل: قال شيخنا رحمه الله: **(والاستبراء يحصل بوضع الحمل إن كانت حاملاً).**

ولا خلاف فى ذلك بحمد الله لقوله الله تعالى: ﴿**وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾ (الطلاق: ٤) وقول النبى ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع حملها» ولأن عدة الحرة والأمة والمتوفى عنها والمطلقة واستبراء كل أمة إذا كانت حاملاً بوضع حملها، ولأن المقصود من العدة والاستبراء معرفة براءة الرحم من الوضع، وهذا يحصل بوضعه ومتى كانت حاملاً بأكثر من واحد فلا ينقضى استبراؤها حتى تضع آخر حملها على ما ذكرناه فى المعتدة.

16- مسألة: (أو بحيضة إن كانت ممن تحيض).

وقد اختلف أهل العلم فى أم الولد إذا مات عنها سيدها ولم تكن حاملاً فالمشهور عن أحمد أن استبراءها يحصل بحيضة، روى ذلك عن ابن عمر وعثمان وعائشة والحسن والشعبى والقاسم بن محمد وأبى قلابة ومالك والشافعى وأبى عبيد وأبى ثور وروى، عن أحمد أنها تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرًا، وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين وسعيد بن جبير

ومجاهد وخلاس بن عــمرو وعمر بن عبد العزيز والـزهرى والأوزاعى وإسحاق لما روى عن عمرو بن العاص أنه قال: لا تفسدوا علينا سنة نبينا ﷺ عدة أم الولد إذا توفى عندها سيدها أربعة أشهر وعشر، رواه أبو داود[10]، ولأنها حرة تعتد للوفاة فكانت عدتها أربعة أشهر وعشر كالزوجة الحرة.

وحكى أبو الخطاب رواية ثالثة أنها تعتد شهرين وخمسة أيام.

قال شيـخنا: ولم أجد هذه الرواية عن أحمد فى الجـامع ولا أظنها صحيحـة عن أحمد وروى ذلك عن عطاء وطاوس وقتادة، لأنها حين الموت أمـة فكانت عدتها كما لو مات رجل عن زوجته الأمـة فعتقت بعـد موته، ويروى عن على وابن مسعود وعطـاء والنخعى والثورى وأصحـاب الرأى أن عدتها ثلاث حـيض، لأنها حرة تـستبـرئ فكان استبـراؤها ثلاث حيض كالمرأة المطلقة.

ولنا: أنه استبراء لزوال الملك عن الرقـبة فكان حيضة فى حق من تحيض كسـائر استبراء المعتقات والمملوكات، ولأنه استبراء لغير الزوجات والموطوءات فأشبه ما ذكرنا، قال القاسم ابن محمد: سبحـان الله! يقول الله تعالى فى كتابه: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا﴾ (البـقرة: ٢٣٤) ما هن بأزواج، وأما حديث عمرو بن العاص فضعيف، قال ابن المنذر: ضعف أحمـد وأبو عبيد حـديث عمرو بن العـاص وقال محمـد بن موسى: سألت أبا عـبد الله عن حديث عمرو بن العاص فقال: لا يصح، وقال الميمونى: رأيت أبا عبد الله يعجب من حديث عمرو بن العـاص هذا ثم قال: أين سنة النبى ﷺ فى هذا؟ وقال: أربعة أشهر وعـشر إنما هى عدة الحرة من النكاح، وإنما هذه أمة خـرجت من الرق إلى الحرية ويلزم من قال بهذا أن يورثها، وليس لقول من قال تعـتد بثلاث حيض وجه، وإنما تعتـد بذلك المطلقة وليست هذه مطلقة ولا فى معنى المطلقـة وأما قياسهم إياها على الزوجات فلا يصح، فـإنها ليست زوجه ولا فى حكم الزوجة ولا مطلقة ولا فى حكم المطلقة.

فـصل: ولا يكفى فى الاستبراء طهر ولا بعض حيضة، وهو قول أكثر أهل العلم، وقال بعض أصحاب مالك: متى طعنت فى الحيضة فقد تم استبراؤها وزعم أنه مذهب مالك، وقال الشافعى فى أحد قوليه: يكفى طهر واحد إذا كـان كاملاً وهو أن يموت فى حيضها، فإذا رأت الدم من الحيضة الثـانية حلت وتم استبراؤها وهكذا الخلاف فى الاسـتبراء كله وبنوا هذا على أن القروء: الأطهار، وهذا يرده قول رسـول الله ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة»[11] وقال رويفع بن ثابت: سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم خيبر: «من

---

(10) تقدم برقم (٦٣) مسألة رقم (١٣٥٧).

(11) تقدم برقم (٦٥) مسألة رقم (١٣٥٧) من المغنى.

كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبى حتى يستبرئها بحيضة» رواه الأثرم، وهذا صريح فلا يعول على ما خالفه، ولأن الواجب الذى يدل على البراءة هو الحيض، لأن الحامل لا تحيض، فأما الطهر فلا دلالة فيه على البراءة فلا يجوز أن يعول فى الاستبراء على ما لا دلالة فيه عليه دون ما يدل عليه وبناؤهم قولهم هذا على أن القروء الأطهار وبناء للخلاف على الخلاف وليس ذلك بحجة ثم لم يمكنهم بناء هذا على ذاك حتى خالفوه فجعلوا الطهر الذى طلقها فيه قرءًا ولم يجعلوا الطهر الذى مات فيه سيد أم الولد قرءًا فخالفوا الحديث والمعنى، فإن قالوا: إن بعض الحيضة المقترن بالطهر يدل على البراءة، قلنا: فيكون الاعتماد حينئذ على بعض الحيضة وليس ذلك قرءا عند أحد إذا تقرر هذا فمات عنها وهى طاهر، فإذا طهرت من الحيضة المستقبلة حلت، فإن كانت حائضًا لم تعتد ببقية ملك الحيضة، ولكن متى طهرت من الحيضة الثانية حلت، لأن استبراء هذه بحيضة فلا بد من حيضة كاملة.

17- مسألة: (أو يمضى شهر إن كانت آيسة أو صغيرة وعنه بثلاثة أشهر، اختارها الخرقى).

يروى عن أحمد ـ رحمه الله ـ فى ذلك ثلاث روايات: **أحدها:** ثلاثة أشهر وهو قول الحسن وابن سيرين والنخعى وأبى قلابة وأحد قولى الشافعى، وسأل عمر بن عبد العزيز أهل المدينة والقوابل فقالوا: لا تستبرئ الحبلى فى أقل من ثلاثة أشهر فأعجبه قولهم، **والثانية:** أنها تستبرأ بشهر، وهو قول ثان للشافعى، لأن الشهر قائم مقام القرء فى حق الحرة والأمة المطلقة فكذلك فى الاستبراء، وذكر القاضى **رواية ثالثة:** أنها تستبرأ بشهرين كعدة الأمة المطلقة، قال شيخنا: ولم أر لذلك وجهًا ولو كان استبراؤها بشهرين لكان استبراء ذات القرء بقرأين، ولم نعلم به قائلاً، وقال سعيد بن المسيب وعطاء والضحاك والحكم فى الأمة التى لا تحيض: تستبرأ بشهر ونصف، ورواه حنبل عن أحمد أنه قال: قال عطاء: إن كانت لا تحيض فخمس وأربعون ليلة، قال عمى: كذلك أذهب، لأن عدة الأمة المطلقة الآيسة كذلك، والمشهور عن أحمد الأول، قال أحمد بن القاسم: قلت لأبى عبد الله: كيف جعلت ثلاثة أشهر مكان حيضة، وإنما جعل الله فى القرآن مكان كل حيضة شهرًا؟ فقال: إنما قلنا أشهر من أجل الحمل، فإنه لا يبين فى أقل من ذلك، فإن عمر بن عبد العزيز سأل عن ذلك وجمع أهل العلم والقوابل فأخبروا أن الحمل لا يتبين فى أقل من ثلاثة أشهر، فأعجبه ذلك ثم قال: ألا تسمع قول ابن مسعود: إن النطفة أربعين يومًا ثم علقة أربعين يومًا ثم مضغة بعد ذلك، قال أبو عبد الله: فإذا خرجت الثمانون صار بعدها مضغة وهى لحم فتبين حينئذ، وقال لى: هذا معروف عند النساء، فأما شهر فلا معنى فيه ولا نعلم به قائلاً، ووجه استبرائها بشهر أن

الله تعالى جعل الشهر مكان الحيضة، وكذلك اختلفت الشهور باختلاف الحيضات فكانت عدة الحرة الآيسة ثلاثة أشهر مكان ثلاثة قروء، وعدة الأمة شـهرين مكان قرأين، وللأمة المستبرأة التى ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه عشرة أشهـر: تسعة للحمل وشهر مكان الحيضة، فيجب أن يكون مكان الحيضة ههنا شهراً كما فى حق من ارتفع حيضها.

فإن قيل: فقد وجدتم ما دل على البراءة وهو تسعة أشهر، **قلنا:** وههنا ما يدل على البراءة وهو الإياس فاستويا.

18- مـسـألة: (ومن ارتفع حيضها لا تدرى مـا رفعه اعتدت بتسعة أشـهر للحمل وشهر مكان الحيضة) وفى هذه المسألة روايتان: **إحداهما:** أنها تستبرأ بعشرة أشهر، **والثانية:** بسنة، تسعة أشهر للحمل، لأنه غالب عادت النساء فى الحمل، وثلاثة أشهر مكان الثلاثة التى تستبرأ بها الآيسات.

وقد ذكرنا أن المختار عند أحمد فى الآيسة استبراؤها بثلاثة أشهر، واختار ههنا أن يجعل مكان الحيضة شهراً، لأن اعتبار تكرارها فى الآيسة لنعلم براءتها من الحمل وقد علمت براءتها منه ههنا بمضى غالب مدته، فجعل الشهر مكان الحيضة على وفق القياس، فأما إن علمت ما رفع حيضها من مرض أو غيره، فإنها لا تزال فى الاستبـراء حتى يعود الحيض فتستبرئ نفسها بحيضة، إلا أن تصير آيسة فـتستبرئ نفسها استبراء الآيسات، فإن ارتـابت بنفسها فهى كالحرة المستبرئة، وقد ذكرنا حكمها فى العدد، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتـــاب الرضــــاع

الأصل فى التحريم بالرضاع الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾ (النساء: ٢٣) ذكرهما الله سبحانه فى جملة المحرمات، وأما السنة فما روت عائشة أن النبى ﷺ قال: «إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة»(١) متفق عليه وفى لفظ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»(٢) رواه النسائى، وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ فى بنت حمزة: «لا تحل لى يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهى ابنة أخى من الرضاعة»(٣) متفق عليه فى أخبار كثيرة نذكر أكثرها إن شاء الله تعالى فى تضاعيف الباب، وأجمع علماء الأمة على التحريم بالرضاع، إذا ثبت هذا، فإن تحريم الأم والأخت ثبت بنص الكتاب وتحريم البنت ثبت بالتنبيه، فإنه إذا حرمت الأخت فالبنت أولى وسائر المحرمات ثبت تحريمهن بالسنة وتثبت المحرمية، لأنها فرع على التحريم إذا كان بسبب مباح، فأما بقية أحكام النسب من النفقة والعتق ورد الشهادة وغير ذلك فلا

كتـــاب الرضــــاع

الأصل فى التحريم بالرضاع الكتاب والسنة والإجماع: وأما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾ ذكرهما الله سبحانه فى جملة المحرمات، وأما السنة فما روت عائشة أن النبى ﷺ قال: «إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة» متفق عليه، وفى لفظ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» رواه النسائى، وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ فى بنت حمزة: «لا تحل لى يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهى ابنة أخى من الرضاعة» متفق عليه، فى أخبار كثيرة نذكر أكثرها إن شاء الله تعالى فى تضاعيف الباب إن شاء الله تعالى، وأجمع علماء الأمة على التحريم بالرضاع، إذا ثبت هذا، فإن تحريم الأم والأخت ثبت بنص الكتاب وتحريم البنت ثبت بالتنبيه، فإنه إذا حرمت الأخت فالبنت أولى وسائر المحرمات ثبت تحريمهن بالسنة وتثبت المحرمية، لأنها فرع على التحريم، إذا كان بسبب مباح، وأما بقية أحكام النسب من النفقة والإرث والعتق ورد الشهادة وغير ذلك فلا يتعلق به، لأن النسب أقوى منه فلا يقاس عليه فى جميع أحكامه، وإنما شبه به فيما نص عليه فيه.

---

(١) أخرجه البخارى فى كتاب «الشهادات» من صحيحه (٣/ ٢٢٢) وتقدم فى باب «ما يحرم نكاحه» برقم (٢).

(٢) تقدم برقم (١٢) مسألة رقم (١١٤٥).

(٣) تقدم برقم (١٤) مسألة رقم (١١٤٥).

يتعلق به، لأن النسب أقوى منه فلا يقاس عليه فى جميع أحكامه، وإنما يشبه به فيما نص عليه فيه.

١٦٣٧- **مسألة:** قال أبو القاسم رحمه الله: **(والرضاع الذى لا يشك فى تحريمه أن يكون خمس رضعات فصاعدًا)**.

فى هذه المسألة مسألتان: **إحداهما:** أن الذى يتعلق به التحريم خمس رضعات فصاعدًا هذا الصحيح فى المذهب، وروى هذا عن عائشة وابن مسعود وابن الزبير وعطاء وطاوس وهو قول الشافعى، وعن أحمد رواية ثانية: أن قليل الرضاع وكثيره يحرم، روى ذلك عن على وابن عباس، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول والزهرى وقتادة والحكم وحماد ومالك والأوزاعى والثورى والليث وأصحاب الرأى، وزعم الليث أن المسلمين أجمعوا على أن قليل الرضاع وكثيره يحرم فى المهد ما يفطر به الصائم واحتجوا بقول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾ (النساء: ٢٣) وقوله ﷺ: «يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب»(٤).

وعن عقبة بن الحارث «أنه تزوج أم يحيى بنت أبى إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت: قد أرضعتكما فذكرت ذلك للنبى ﷺ فقال: «كيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما؟» متفق عليه(٥)، ولأن ذلك فعل يتعلق به تحريم مؤبد فلم يعتبر فيه العدد كتحريم أمهات النساء ولا يلزم اللعان، لأنه قول.

أ- **مسألة:** إذا حملت المرأة من رجل ثبت نسب ولدها منه فثاب لها لبن فأرضعت به طفلاً صار ولدًا لهما فى تحريم النكاح وإباحة النظر والخلوة وثبوت المحرمية، وأولاده وإن سفلوا أولاد أولادهما وصار أبويه وآباؤهما أجداده وجداته وإخوة المرأة وأخواتها أخواله وخالاته وإخوة الرجل وأخواته أعمامه وعماته وتنتشر حرمة الرضاع من المرتضع إلى أولاده وأولاد أولاده وإن سفلوا فيصيرون أولادًا لهما.

وجملة ذلك: أن المرأة إذا حملت من رجل يثبت نسب ولدها منه وثاب لها من لبن فأرضعت به طفلاً رضاعًا محرمًا صار الطفل المرضع ابنًا للمرضعة بغير خلاف وصار أيضًا ابنًا لمن نسب الحمل إليه، فصار فى التحريم وإباحة النظر والخلوة ولدًا لهما، وأولاده من البنين

(٤) أخرجه البخارى فى كتاب «الشهادات» (٥/ ح٢٦٤٤/ فتح) ومسلم فى كتاب «الرضاع» (٢/ ١٣/ ١٠٧١، ١٠٧٢) والنسائى (٦/ ح٣٣٠٧) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٣٣٩) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٥٢، ٤٥٣).

(٥) أخرجه البخارى فى كتاب «النكاح» (٩/ ح٥١٠٤/ فتح) والترمذى فى «سننه» (٣/ ح١١٥١) وأبو داود فى «سننه» (٣/ ح٣٦٠٣) والنسائى (٦/ ١٠٩) والدارمى (٢/ ح٢٢٥٥) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ٨٧، ٣٨٤).

والرواية الثانية: لا يثبت التحريم إلا بثلاث رضعات، وبه قال أبو ثور وأبو عبيد وداود وابن المنذر لقول النبىّ ﷺ: «لا تحرم المصة ولا المصتان»(٦) وعن أم الفضل بنت الحارث قالت: «قال نبى الله ﷺ: «لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان»(٧) رواهما مسلم، ولأن ما يعتبر فيه العدد والتكرار يعتبر فيه الثلاث، وروى عن حفصة: «لا يحرم دون عشر رضعات»(٨) وروى ذلك عن عائشة، لأن عروة روى فى حديث سهلة بنت سهيل فقال لها رسول الله ﷺ فيما بلغنا: «أرضعيه عشر رضعات فيحرم بلبنها»(٩) وجه الأولى ما روى عن عائشة أنها قالت: أنزل فى القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخ من ذلك خمس وصار إلى خمس رضعات معلومات يحرمن فتوفى رسول الله ﷺ والأمر على ذلك رواه مسلم(١٠)، وروى مالك عن الزهرى عن عروة عن عائشة عن سهلة بنت سهيل: «أرضعى سالمًا خمس رضعات فيحرم بلبنها»(١١) والآية فسرتها السنة وبينت الرضاعة المحرمة وصريح ما رويناه يخص مفهوم ما رووه فنجمع بين الأخبار ونحملها على الصريح الذى رويناه.

والبنات وأولاد أولادهما وإن نزلت درجتهم وجميع أولاد المرأة المرضعة من زوجها ومن غيره وجميع أولاد الرجل الذى نسب الحمل إليه من المرضعة وغيرها أخوة المرتضع وأخواته، وأولاد أولادهما أولاد إخوته وأخواته وإن نزلت درجتهم، وأم المرضعة جدته وأبوها جده وأخوتها أخواله وأخواتها خالاته وأبو الرجل جده وأمه جدته وإخوته أعمامه وأخواته عماته وجميع أقاربهما ينسبون إلى المرتضع كما ينسبون إلى ولدهما من النسب، لأن اللبن الذى ثاب للمرأة مخلوق من ماء الرجل والمرأة فنشر التحريم إليهما ونشر الحرمة إلى الرجل وإلى أقاربه، وهو الذى يسمى لبن الفحل وفى التحريم به إختلاف ذكر فى باب المحرمات فى النكاح، والحجة فيه ما روت عائشة: أن أفلح أخا أبى القعيس استأذن علىَّ بعدما أنزل الحجاب فقلت: والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله ﷺ، فقلت: يا رسول الله إن

---

(٦)أخرجه مسلم فى كتاب «الرضاع» (٢/ ١٧/ ١٠٧٣) وأبو داود فى «النكاح» (٢/ ح٢٠٦٣) والترمذى فى «الرضاع» (٣/ ح١١٥٠) وابن ماجه فى «النكاح» (١/ ح١٩٤١) والنسائى فى «النكاح» (٦/ ح٣٣١٠) والدارقطنى (٤/ ١٧٢، ١٨٠) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٣٣٩، ٣٤٠) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٥٥).

(٧)أخرجه مسلم فى كتاب «الرضاع» (٢/ ٢٢/ ١٠٧٥) والنسائى فى «النكاح» (٦/ ١٠١) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٣٣٩) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٥٥) والدارقطنى (٤/ ١٨٠).

(٨)أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٥٧) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٧/ ٤٧٠).

(٩)أخرجه أحمد فى «مسنده» (٦/ ٢٦٩) وأصله عند مسلم فى كتاب «الرضاع» (٢/ ٣٠/ ١٠٧٧، ١٠٧٨).

(١٠)أخرجه مسلم فى «الرضاع» (٢/ ٢٤/ ١٠٧٥) وأبو داود فى «النكاح» (٢/ ح٢٠٦٢).

(١١)تقدم برقم (١٩٤) مسألة رقم (١١٤٢).

فصل: وإذا وقع الشك فى وجود الرضاع أو فى عدد الرضاع المحرم هل كملا أو لا؟ لم يثبت التحريم، لأن الأصل عدمه فلا نزول عن اليقين بالشك كما لو شك فى وجود الطلاق وعدده.

المسألة الثانية: أن تكون الرضعات متفرقات وبهذا قال الشافعى، والمرجع فى معرفة الرضعة إلى العرف، لأن الشرع ورد بها مطلقًا ولم يحدها بزمن ولا مقدار فدل ذلك على أنه ردهم إلى العرف، فإذا ارتضع الصبى وقطع قطعًا بينًا باختياره كان ذلك رضعة فإذا عاد كانت رضعة أخرى، فأما إن قطع لضيق نفس أو للانتقال من ثدى إلى ثدى أو لشىء يلهبه أو قطعت عليه المرضعة نظرنا فإن لم يعد قريبًا فهى رضعة، وإن عاد فى الحال ففيه وجهان: **أحدهما:** أن الأولى رضعة فإذا عاد فهى رضعة أخرى وهذا اختيار أبى بكر وظاهر كلام أحمد فى رواية حنبل فإنه قال أما ترى الصبى يرتضع من الثدى، فإذا أدركه النفس أمسك عن الثدى ليتنفس أو يستريح فإذا فعل ذلك فهى رضعة وذلك لأن الأولى رضعة لو لم يعد فكانت رضعة، وإن عاد كما لو قطع باختياره، **والوجه الآخر:** أن جميع ذلك رضعة وهو مذهب الشافعى إلا فيما إذا قطعت عليه المرضعة ففيه وجهان، لأنه لو حلف لا أكلت اليوم إلا أكلت واحدة فاستدام الأكل زمنًا أو قطع لشرب الماء أو انتقال من لون إلى لون أو انتظار لما يحمل إليه من الطعام لم يعد إلا أكلة واحدة فكذا ههنا والأول أصح، لأن اليسير من السعوط والوجور رضعة فكذا هذا.

الرجل ليس هو أرضعنى ولكن أرضعتنى المرأة فقال: «ائذنى له فإنه عمك تربت يمينك» قال عروة: فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول: «حرموا من الرضاع ما تحرموا من النسب» متفق عليه[1] وسئل ابن عباس عن رجل تزوج امرأتين فأرضعت إحداهما جارية والأخرى غلامًا هل يتزوج الغلام الجارية؟ فقال: «لا اللقاح واحد»[2] قال مالك: اختلف قديمًا فى الرضاعة من قبل الأب ونزل برجال من أهل المدينة فى أزواجهم منهم محمد بن المنكدر وابن أبى حبيبة فاستفتوا فى ذلك فاختلف عليهم ففارقوا زوجاتهم، فأما الولد المرتضع فإن الحرمة تنتشر إليه وإلى أولاده وإن نزلوا.

2- **مسألة:** ولا تنتشر إلى من فى درجته من إخوته وأخواته ولا من هو أعلى منه من آبائه وأمهاته وأعمامه وعماته وأخواله وخالاته فلا تحرم المرضعة على أبى المرتضع ولا أخيه، ولا تحرم أم المرتضع ولا أخته على أبيه من الرضاع ولا أخيه فيجوز للمرضعة نكاح أبى الطفل المرتضع وأخيه وعمه وخاله، ولا يحرم على زوج المرضعة نكاح أم الطفل المرتضع ولا أخته ولا عمته ولا خالته، ولا بأس أن يتزوج أولاد المرضعة وأولاد زوجها أخوة الطفل المرتضع وأخواته.

---

(1) أخرجه البخارى فى صحيحه (٦/ ١٥٠) ومسلم (٢/ رضاع/ ١٠٦٩).

(2) أخرجه الترمذى فى كتاب «الرضاع» (٣/ ح١١٤٩) وإسناده صحيح.

قال أحمد: لا بأس أن يتزوج الرجل أخت أخيه من الرضاع ليس بينهما رضاع ولا نسب، وإنما الرضاع بين الجارية وأخيه.

3- **مسألة: (وإن أرضعت بلبن ولدها من الزنا طفلاً صار ولداً لها وحرم على الزانى تحريم المصاهرة ولم تثبت حرمة الرضاع فى حقه فى قول الخرقى، وقال أبو بكر: تثبت).**

قال أبو الخطاب: وكذلك الولد المنفى باللعان الذى ذكره شيخنا فى الكتاب المشروح أن من شرط ثبوت الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذى ثاب اللبن بوطئه أن يكون لبن حمل ينسب إلى الواطئ كالوطء فى نكاح أو وطء بملك يمين أو شبهة، فأما لبن الزانى والولد المنفى باللعان فلا ينشر الحرمة بينهما فى مفهوم كلام الخرقى وهو قول ابن حامد ومذهب الشافعى، وقال أبو بكر عبد العزيز: ينشر الحرمة بينهما، لأنه معنى ينشر الحرمة فاستوى فيه مباحه ومحظوره كالوطء، يحققه أن الوطء حصل منه لبن وولد ثم إن الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطئ كذلك اللبن، ولأنه رضاع ينشر الحرمة إلى المرضعة فينشرها إلى الواطئ كصورة الإجماع، ووجه القول الأول أن التحريم بينهما فرع لحرمة الأبوه فلما لم تثبت حرمة الأبوة لم يثبت ما هو فرع لها، ويفارق تحريم ابنته من الزنا، لأنها من نطفته حقيقة بخلاف مسألته، ويفارق تحريم المصاهرة فإن التحريم ثم لا يقف على ثبوت النسب، ولهذا تحرم أم زوجته وابنتها من غير نسب، وتحريم الرضاع مبني على النسب، ولهذا قال ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

وقال أبو الخطاب فى الولد المنفى باللعان: إنه فى تحريم الرضاع على الملاعن كتحريم ولد الزنا على الزانى، قال شيخنا: ويحتمل أن لا يثبت حكم الرضاع فى حق الملاعن بحال، لأنه ليس بولده حقيقة ولا حكمًا، فأما المرضعة فإن الطفل المرتضع محرم عليها ومنسوب إليها عند الجميع، وكذلك يحرم جميع أولادها وأقاربها الذين يحرمون على أولادها على هذا المرتضع كما فى الرضاعة باللبن المباح، وإن كان المرتضع جارية حرمت على الملاعن بغير خلاف أيضًا، لأنها ربيبته فإنها بنت امرأته من الرضاع وتحرم على الزانى عند من يرى تحريم المصاهرة وكذلك تحريم بناتها وبنات المرضع من العلماء كذلك.

4- **مسألة: (وإن وطئ رجلان امرأة بشبهة فأتت بولد فأرضعت بلبنه طفلاً صار ابنًا لمن يثبت نسب المولود منه سواء ثبت بالقافة أو بغيرها).**

لأن تحريم الرضاع فرع على ثبوت النسب وإن أُلحق بهما كان المرتضع ابنًا لهما، لأن المرتضع فى كل موضع تبع للمناسب فمتى لحق المناسب بشخص فالمرتضع مثله، وإن لم يلحق بواحد منهما ثبت التحريم بالرضاع فى حقهما، وإن لم يثبت نسبه منهما لتعذر القافة أو لاشتباهه عليهم أو نحو ذلك حرم عليهما تغليبًا للحظر، فإنه يحتمل أن يكون منهما ويحتمل

أن يكون ابن أحدهما فيحرم عليه أقاربه دون أقارب الآخر فقد اختلطت أخته بغيرها فحرم الجميع كما لو علم أخته بعينها ثم اختلطت بأجنبيات، وإن انتفى عنهما جميعًا بأن تأتى به لدون ستة أشهر من وطئهما أو لأكثر من أربع سنين من وطء الآخر انتفى المرتضع عنهما أيضًا، فإن كان المرتضع جارية حرمت عليهما تحريم المصاهرة وتحرم أولادها عليهما أيضًا، لأنها ابنة موطوءتهما فهى ابنة لهما.

5- مسألة: (وإن ثاب لامرأة لبن من غير حمل تقدم لم ينشر الحرمة، نص عليه فى لبن البكر، وعنه ينشرها ذكرها ابن أبى موسى).

قال شيخنا: والظاهر أنه قول ابن حامد ومذهب مالك والثورى والشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى وابن المنذر لقول الله تعالى ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِى أَرْضَعْنَكُمْ﴾ (النساء: ٢٣) ولأنه لبن امرأة فتعلق به التحريم كما لو ثاب بوطء، ولأن ألبان النساء خلقت لغذاء الأطفال وإن كان هذا نادرًا فجنسه معتاد، **والرواية الثانية**: لا ينشر الحرمة، لأنه نادر لم تجر العادة به لتغذية الأطفال فأشبه لبن الرجال والأول أصح.

6- مسألة: (ولا ينشر الحرمة غير لبن المرأة فلو ارتضع طفلان من رجل أو بهيمة أو خنثى مشكل لم ينشر الحرمة، وقال ابن حامد: يوقف أمر الخنثى حتى يتبين أمره).

وجملة ذلك: أن ابنين لو ارتضعا من بهيمة لم يصيرا أخوين فى قول عامة أهل العلم منهم الشافعى وابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأى وكذلك لو ارتضعا من رجل لم يصيرا أخوين ولم تنشر الحرمة بينه وبينهما فى قول عامتهم، وقال الكرابيسى: يتعلق به التحريم، لأنه لبن آدمى أشبه لبن المرأة، وحكى عن بعض السلف أنهما إذا ارتضعا من لبن بهيمة صارا أخوين وليس ذلك صحيحًا لأن هذا لا يتعلق به تحريم الأمومة فلا يثبت به تحريم الأخوة، لأن الأخوة فرع على الأمومة، وكذلك لا يتعلق به تحريم الأبوة ولأن هذا اللبن لم يخلق لغذاء المولود الآدمى فلم يتعلق به التحريم كسائر الطعام، فإن ثاب لخنثى مشكل لبن لم يثبت به التحريم، لأنه لم يثبت كونه امرأة فلا يثبت التحريم مع الشك، وقال ابن حامد: يقف الأمر حتى ينكشف أمر الخنثى، فعلى هذا يثبت التحريم إلى أن يتيقن كونه رجلاً لا يأمن من كونه محرمًا.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: **(ولا تثبت الحرمة بالرضاع إلاَّ بشرطين)**.

أحدهما: أن يرتضع فى الحولين فلو ارتضع بعدهما بلحظة لم يثبت، هذا قول أكثر أهل العلم روى نحو ذلك عن عمر وعلى وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبى هريرة وأزواج النبى ﷺ سوى عائشة وإليه ذهب الشعبى وابن شبرمة والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور ورواية عن مالك، وروى عنه إن زاد شهرًا جاز، وروى شهران، وقال

أبو حنيفة: يحـرم الرضاع فى ثلاثين شهرًا لقوله سـبحانه: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾ (الأحقـاف: ١٥) ولم يرد بالحمل حـمل الأحشاء، لأنه يكون سنتين فـعلم أنه أراد الحمل فى الفصال، وقال زفر: مدة الرضاع ثلاث سنين، وكانـت عائشة ﵂ ترى رضاعة الكبير تحرم، ويروى هذا عن عطاء والليث وداود لما روى أن سهلة بنت سـهيل قالت: يا رسول الله إنا كنا نرى سالمًـا ولدًا فكان يأوى معى ومع أبى حذيفـة فى بيت واحد ويرانى فضـلاً وقد أنزل الله فيـهم ما قـد علمت فكيف ترى فيـه؟ فقال لهـا النبى ﷺ: «أرضعيـه» فأرضـعتـه خمس رضعـات، فكان بمنزلة ولدها فبذلك كـانت عائشة تأخذ، تأمـر بنات أخواتها وبنات إخـوتها يرضعن من أحبت عائـشة أن يراها ويدخل عليها وإن كان كبيـرًا، وأبت ذلك أم سلمة وسائر أزواج رسـول الله ﷺ أن يدخل عليـهن بتلك الرضـاعة أحـدًا من الناس حـتى يرضع فى المهـد، وقلن لعائشة: والله مـا ندرى لعلها رخصة مـن النبى ﷺ لسالم دون الناس، رواه النسائى وأبى داود وغيرهما[3].

ولنا قول الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ (البـقرة: ٢٣٣) فجعل تمام الرضـاعة حولين كاملين فيدل على أنه لا حكـم لها بعدهما، وعن عائشة ﵂ أن رسول الله ﷺ دخـل علـيها وعندها رجل فتغير وجه النبى ﷺ فقالت: يا رسول الله إنه أخى من الرضاع، فقال رسول الله ﷺ: «انظـرن من إخوانكن فإنما الرضاعة من المجاعة» متفق عليه[4].

وعن أم سلمة قـالت: قال رسول الله ﷺ: «لا يحـرم من الرضاع إلا ما فتق الأمـعاء وكان قبل الفطام» أخرجه الترمـذى وقال: حديث حسن صحيح[5]، وعند هذا يتعـين حمل خبـر أبى حذيفة على أنه خاص له دون الـناس كما قال سـائر أزواج النبى ﷺ، وقول أبى حنيفة تحكم يخالف ظاهر الكتاب والسنة وقول الصـحابة، فقد روينا عن ابن عباس أن المراد بالحمل حـمل البطن وبه استـدل على أن أقل الحمل ستـة أشهر، وقـد دل على هذ قول الله تعالى: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ (لقمان: ١٤) فلو حمل على ما قاله أبو حنيفة لكان مخالفًا لهذه الآية، إذا ثبت هذا فالاعتبار بالعامين لا بالفطام فلو فطم قبل الحولين ثم ارتضع فيهما حصل التحريم ولو لم يفطم حـتى يجاوز الحولين ثم ارتضع بعدهما قبل الفطام لم يـثبت التحريم، وقال ابن القـاسم صاحب مالك: لو ارتضع بعـد الفطام فى الحولين لم يحـرم لقوله ﷺ: «وكان قبل الفطام».

---

(3) سيأتى برقم (١٧) مغنى مسألة رقم (١٣٧١).

(4) أخرجه البخارى (٥/ ٢٦٤٧) ومسلم (٢/ رضاع/ ١٠٧٨).

(5) أخرجه الترمذى فى «سننه» (٣/ ١١٥٢) وإسناده صحيح.

ولنا قوله سبحانه: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ وروى عنه ﷺ: «لا رضاع إلا ما كان فى الحولين»[6] والفطام معتبر بمدته لا بنفسه.

7- مسألة: (فلو ارتضع بعدهما بلحظة لم يثبت التحريم، وقال أبو الخطاب: إذا ارتضع بعد الحولين بساعة لم يحرم، وقال القاضى: لو شرع فى الخامسة فحال الحول قبل كمالها لم يثبت التحريم).

ولا يصح هذا، لأن ما وجد من الرضعة فى الحولين كاف فى التحريم بدليل ما لو انفصل مما بعده فلا ينبغى أن يسقط حكمه باتصال ما لا أثر له به.

الثانى: (أن يرتضع خمس رضعات وعنه ثلاث يحرمن وعنه واحدة) الصحيح من المذهب أن الذى يتعلق به التحريم خمس رضعات فصاعداً روى هذا عن عائشة وابن مسعود وابن الزبير وعطاء وطاوس وهو قول الشافعى، وعن أحمد رواية ثانية أن قليل الرضاع يحرم كما يحرم كثيره، وروى ذلك عن على وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول والزهرى وقتادة والحكم وحماد ومالك والأوزاعى والثورى والليث وأصحاب الرأى، وزعم الليث أن المسلمين أجمعوا على أن قليل الرضاع وكثيره يحرم فى المهد ما يفطر به الصائم، واحتجوا بقول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾ (النساء: ٢٣) وقوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[7] وعن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبى إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت: قد أرضعتكما، فذكرت ذلك للنبى ﷺ فقال: «وكيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما؟» متفق عليه[8]، ولأنه فعل يتعلق به تحريم مؤبد فلم يعتبر فيه العدد كتحريم أمهات النساء ولا يلزم اللعان، لأنه قول، والرواية الثانية: لا يحرم إلا ثلاث رضعات، وبه قال أبو ثور وأبو عبيد وداود وابن المنذر لقول النبى ﷺ: «لا تحرم المصة ولا المصتان» وعن أم الفضل بنت الحارث قالت: قال نبى الله ﷺ: «لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان» رواهما مسلم[9] ولأن ما يعتبر فيه العدد والتكرار يعتبر فيه الثلاث، وروى عن حفصة: لا يحرم دون عشر رضعات[10]، وروى ذلك عن عائشة، لأن عروة روى فى حديث سهلة فقال لها رسول الله ﷺ فيما بلغنا: «أرضعيه عشر رضعات فيحرم بلبنها»[11].

(6) أخرجه الدارقطنى فى «سننه» (٤/ ١٧٤).
(7) أخرجه البخارى فى صحيحه من كتاب «الشهادات» باب الشهادة على الأنساب والرضاع (٣/ ٢٢٢).
(8) أخرجه البخارى فى كتاب «النكاح» (٩/ ح٥١٠٤/ فتح).
(9) أخرجه مسلم (٢/ رضاع/ ١٠٧٣ - ١٠٧٥).
(10) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٥٧).
(11) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٦/ ٢٦٩) وإسناده صحيح.

١٣٦٨- **مسألة:** قال: (**والسعوط كالرضاع وكذلك الوجور**).

معنى السعوط أن يصب اللبن فى أنفه من إناء أو غيره، والوجور أن يصب فى حلقه صبًا من غير الثدى، واختلفت الرواية فى التحريم بهما **فأصح الروايتين** أن التحريم يثبت بذلك كما يثبت بالرضاع وهو قول الشعبى والثورى وأصحاب الرأى وبه قال مالك فى الوجور.

ولنا: ما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: أنزل فى القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن، فنسخ من ذلك خمس وصار إلى خمس رضعات معلومات يحرمن، فتوفى رسول الله ﷺ والأمر على ذلك، رواه مسلم [12]، وروى مالك عن الزهرى عن عروة عن عائشة عن سهلة بنت سهيل: «أرضعى سالمًا خمس رضعات» فتحرم بلبنها، ولأنها فسرتها السنة وبينت الرضاعة المحرمة وصريح ما رويناه يخص مفهوم ما رووه فيجمع بين الأخبار بحملها على الصريح الذى رويناه.

8- **مسألة:** (**ومتى أخذ الثدى فامتص منه ثم تركه أو قطع عليه فهى رضعة، فإن عاد فأخذه فهى رضعة أخرى بَعُد ما بينهما أو قرب**).

يشترط أن تكون الرضعات متفرقات، وبه قال الشافعى، والمرجع فى معرفة الرضعة إلى العرف، لأن الشرع ورد به مطلقًا ولم يحدها بزمن ولا مقدار فدل على أنه ردهم إلى العرف فإذا ارتضع الصبى وقطع قطعًا بينًا باختياره كان ذلك رضعة، فإذا عاد كانت رضعة أخرى، فإما إن قطع لضيق نفس أو للانتقال من ثدى إلى ثدى أو لشىء يلهيه أو قطعت عليه المرضعة فإن لم يعد قريبًا فهى رضعة، فإن عاد فى الحال ففيه وجهان: **أحدهما:** أن الأول رضعة فإذا عاد فهى رضعة أخرى، وهذا اختيار أبى بكر وظاهر كلام أحمد فى رواية حنبل، فإنه قال: أما ترى الصبى يرضع من الثدى فإذا أدركه النفس أمسك عن الثدى ليتنفس ويستريح؟ فإذا فعل ذلك فهى رضعة، وذلك لأن الأولى رضعة لو لم يعد فكانت رضعة، وإن عاد كما لو قطع باختياره، **والوجه الآخر:** أن جميع ذلك رضعة، وهو مذهب الشافعى إلا فيما إذا قطعت عليه المرضعة، ففيه وجهان، لأنه لو حلف لا أكملت اليوم إلا أكلة واحدة فاستدام الأكل زمنًا أو قطع لشرب ماء أو انتقال من لون إلى لون أو انتظار لما يحمل إليه من الطعام لم يعد إلا أكلة واحدة فكذا هٰهنا، والأولى أولى، لأن اليسير من السعوط والوجور رضعة فكذا هذا، وقال ابن حامد إن قطع لعارض وعاد فى الحال فهى رضعة، وإن تباعدا وانتقل من امرأة إلى أخرى فهما رضعتان كما ذكرنا فى الأكل.

9- **مسألة:** (**والسعوط والوجور كالرضاع فى إحدى الروايتين**).

(**السعوط: أن يصب فى أنفه اللبن من إباء أو غيره فيدخل حلقه، والوجور: أن يصب فى حلقه من غير الثدى**).

---

(12) أخرجه مسلم (٢/ الرضاع/ ١٠٧٥).

والثانية: لا يثبت بهما التحريم وهو اختيار أبى بكر ومذهب داود وقول عطاء الخراسانى فى السعوط، لأن هذا ليس برضاع وإنما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع، ولأنه حصل من غير ارتضاع فأشبه ما لو دخل من جرح فى بدنه.

ولنا: ما روى ابن مسعود عن النبى : «لا رضاع إلا ما أنشر العظم وأنبت اللحم» رواه أبو داود(١٢)، ولأن هذا يصل به اللبن إلى حيث يصل بالارتضاع ويحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم ما يحصل من الارتضاع فيجب أن يساويه فى التحريم، والأنف سبيل الفطر للصائم فكان سبيلاً للتحريم كالرضاع بالفم.

فصل: وإنما يحرم من ذلك مثل الذى يحرم بالرضاع، وهو خمس فى الرواية المشهورة فإنه فرع على الرضاع فيأخذ حكمه، فإن ارتضع وكمل الخمس بسعوط أو وجور أو استعط أو أوجر وكمل الخمس برضاع ثبت التحريم لأنا جعلناه كالرضاع فى أصل التحريم فكذلك فى

اختلفت الرواية فى التحريم بهما فأصح الروايتين: أن التحريم يثبت بهما كما يثبت بالرضاع، وهو قول الشعبى والثورى وأصحاب الرأى وبه قال مالك فى الوجور، **والثانية:** لا يثبت التحريم بهما وهو اختيار أبى بكر ومذهب داود وعطاء الخراسانى فى السعوط، لأن هذا ليس برضاع وإنما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع، ولأنه حصل من غير ارتضاع فأشبه ما لو حصل من جرح فى بدنه.

ولنا: ما روى ابن مسعود عن النبى ﷺ: «لا رضاع إلا ما أنشز العظم وأنبت اللحم» رواه أبو داود، ولأن هذا يصل إليه اللبن كما يصل بالارتضاع، ويحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم ما يحصل بالرضاع فيجب أن يساويه فى التحريم، والأنف سبيل لفطر الصائم فكان سبيلاً للتحريم كالرضاع بالفم.

فصل: وإنما يحرم من ذلك كالذى يحرم بالرضاع، وهو خمس فى الرواية المشهورة، فإنه فرع على الرضاع فيأخذ حكمه، فإن ارتضع دون الخمس وكمل الخمس بسعوط ووجور أو أسعط وأوجر وكمل الخمس برضاع ثبت التحريم، لأنا جعلناه كالرضاع فى أصل التحريم فكذلك فى إكمال العدد، ولو حلب فى إنائه لبنًا دفعة واحدة ثم سقى الغلام فى خمسة أوقات فهو خمس رضعات، فإنه لو أكل من طعام خمس دفعات متفرقات لكان قد أكل خمس

---

(١٢) أخرجه أبو داود فى «النكاح» (٢/ ح٢٠٦٠) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٦١) من طريق أبى موسى الهلالى عن أبيه عن ابن مسعود وإسناده ضعيف، قال أبو حاتم: أبو موسى الهلالى وأبوه مجهولان ولكنه جاء موقوفًا على عبد الله بن مسعود بلفظ: «لا رضاع إلا ما أنشز العظم وأنبت اللحم» وأخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ٢٠٥٩) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٦٠، ٤٦١) وصححه الألبانى.

أنشز: ومعناه زاد فى حجمه فنشزه.

إكمـال العدد ولو حلبت فى إناء دفعـة واحدة ثم سقـته غلامًا فى خـمس أوقات فهـو خمس رضعات فإنه لو أكل من طعام خمس أكلات مـتفرقات لكان قد أكل خمس أكلات وإن حلبت فى إناء حلبات فى خمسة أوقات ثم سقيه دفعـة واحدة كان رضعة واحدة كما لو جعل الطعام فى إناء واحد فى خـمسة أوقات ثم أكله دفعـة واحدة كان أكلة واحدة، وحكى عـن الشافعى قول فى الصورتين عكس ما قلنا اعتباراً بخروجه منها، لأن الاعتبار بالرضاع والوجور فرعه.

ولنا: أن الاعتبار بشرب الصبى له، لأنه المحرم ولهذا ثبت التحريم به من غير رضاع ولو ارتضع بحيث يصل إلى فيه ثم مـجه لم يثبت التحريم فكان الاعتبار به ومـا وجد منه إلا دفعة واحدة فكان رضـعة واحدة، وإن سقتـه فى أوقات فقد وجـد فى خمسة أوقـات فكان خمس رضعات، فأما إن سقته اللبن المجموع جرعة بعد جرعة متتابعة فظاهر قول الخرقى أنه رضعة واحدة لاعتباره خمس رضعات متـفرقات ولأن المرجع فى الرضعة إلى العرف وهم لا يعدون هذا رضعات فـأشبه ما لو أكل الآكل الطعام لقمـة بعد لقمة فإنه لا يعد أكـلات، ويحتمل أن يخرج على ما إذا قطعت عليه المرضعة الرضاع على ما قدمنا.

فصل: وإن عمل اللبن جبنًا ثم أطعمه الصبى ثبت به التحريم، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يحرم به لزوال الاسم وكذلك على الرواية التى تقول: لا يثبت التحريم بالوجور لا يثبت هـهنا بطريق الأولى.

أكلات، وإن حلب فى إناء خمس حلبات فـى خمسة أوقات ثم سقى دفعة واحـدة كان رضعة واحدة كـما لو جعل الطعـام فى إناء واحد فى خـمسة أوقـات ثم أكله دفعة واحـدة كان أكلة واحدة، وحكى عن الشـافعى فى الصورتين عكس ما قلنـاه اعتباراً بخروجـه من المرأة، لأن الاعتبار بالرضاع والوجور فرعه.

ولنا: أن الاعتبار بشرب الصبى له، لأنه المحـرم ولهذا يثبت التحريم به من غير رضاع، ولو ارتضع بحيث يصل إلى فيـه ثم مجه لم يثبت التحريم فكان الاعتـبار به وما وجد منه إلا دفعة واحدة فكان رضعة واحدة، وإن سقاه فى أوقات فقد وجد فى خمسة أوقات فكان خمس رضعات، فـأما إن سقاه اللبن الـمجموع جرعـة بعد جرعة مـتتابعة، فظاهر قـول الخرقى أنه رضعة واحدة، لأن المعتبر فى الرضعـة العرف، وهم لا يعدون هذا رضعات فأشبه ما لو أكل الطعام لقمة بعد لقمة، فإنه لا يعد أكلات ويحتمل أن يخرج على ما إذا قطعت عليه المرضعة الرضاع على ما قدمناه.

فـصل: فإن عمل اللبن جبنًا ثم أطعـمه الصبى ثبت به التحريم، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيـفة: لا يحـرم به لزوال الاسم، وكـذلك على الرواية التى تقـول: لا يثـبت التحـريم بالوجور لا يثبت هـهنا بطريق الأولى.

ولنا: أنه واصل من الحلق يحصل به إنبات اللحم وإنشاز العظم فـحصل به التحريم كما لو شربه.

فـصل: فأما الحقنة فقال أبو الخطاب: المنصوص عن أحمد أنها لا تحرم ، وهو مذهب أبى حنيفة ومـالك، وقال ابن حامد وابن أبى مـوسى تحرم وهذا مذهب الشافـعى لأنه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر فتعلق به التحريم كالرضاع.

ولنا: أن هذا ليس برضاع ولا يحصل به التغذى فلم ينشر الحرمة كما لو قطر فى إحليله، ولأنه ليس برضاع ولا فى معناه فلم يجـز إثبات حكمه فيه، ويفارق فطر الصائم فـإنه لا يعتبر فيـه إنبات اللحم ولا إنشاز العظم وهذا لا يحـرم فيه إلا ما أنبـت اللحم وأنشز العظم، ولأنه وصل اللبن إلى الباطن من غير الحلق أشبه ما لو وصل من جرح.

١٣٦٩- مسألة: قال: **(واللبن المشوب كالمحض)** .

المشوب المختلط بغيره والمحض الخالص الذى لا يخالطه سواه، وسوى الخرقى بينهما سواء شيب بطعام أو شراب أو غيره، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو بكر: قياس قول أحمد أنه

ولنا: أنه واصل من الحلق يحصل به إنبات اللحم وإنشاز العظم فـحصل به التحريم كما لو شربه.

10- مـسـألة: (ويحرم لبن الميتة واللبن المـشوب، ذكره الخرقى، وقال أبو بكر: لا يثبت التحريم بهما) .

المنصوص عن أحـمد فى رواية إبراهيم الحربى فى لبن المـيتة: أنه ينشر الحـرمة، وهو اختيار أبى بكر وقول أبى ثور والأوزاعى وابن الـقاسم وأصحاب الرأى وابن المنذر، وقال أبو بكر الخلال: لا ينشر الحرمة، وتوقف عنه أحـمد فى رواية مهنا، وهو مذهب الشافعى، لأنه لبن ممن ليس هو بمحل للولاة فلم يتعلق به التحريم كلبن الرجل.

ولنا: أنه وجد الرضاع على وجه ينبت اللحم وينشز العظم من امرأة فأثبت التحريم كحال الحياة، ولأنه لا فارق بين شربه فى حياتها وموتها إلا الحياة والموت أو النجاسة، وهو لا أثر له، فإن اللبن لا يموت، والنجاسـة لا تؤثر كما لو حلب فى إناء نجس، ولأنه لو حلب منها فى حياتها فشربه بعد موتها لنشر الحرمة، وبقاؤه فى ثديها لا يمنع ثبوت الحرمة، لأن ثديها لا يزيد على الإناء فى عدم الحياة، وهى لا تزيد على عظم الميتة فى ثبوت النجاسة.

فـصل: ولو حلبت المرأة لبنها فى إناء ثم ماتت فشربه صبى نشر الحرمة فى قول كل من جعل الوجور محرمًا ، وبه قال أبو ثور والشافعى وأصحاب الرأى، وذلك لأنه لبن امرأة حلب فى حياتها فأشبه ما لو شربه فى الحياة.

11- مسألة: (ويحرم اللبن المشوب) .

ذكره الخرقى، والمـشوب: المختلط بغـيره، وسواء اختلط بطعام أو شـراب أو غيره فى

لا يحرم، لأنه وجور وحكى عن ابـن حامد أنه قال: إن كان الغـالب اللبن حرم وإلا فلا وهو قول أبى ثور والمزنى، لأن الحكم للأغلب، ولأنه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به ونحو هذا قول أصحاب الـرأى وزادوا فقالوا إن كانت النار قد مست اللبن حـتى أنضجت الطعام أو حتى تغير فليس برضاع، ووجه الأول أن اللبن متـى كان ظاهراً فقد حصل شربه ويحصل منه إنبات اللحم، وإنشاز العظم فحرم كما لو كان غالبًـا، وهذا فيما إذا كانت صفات اللبن باقية، فأمـا إن صب فى ماء كثيـر لم يتغير به لم يثـبت به التحريم، لأن هذا ليس بلبن مـشوب ولا يحصل به التغذى ولا إنبات اللحم ولا إنشـاز العظم، وحكى عن القاضى أن التحريم يثبت به وهو قول الشافعى لأن أجزاء اللبن حصلت فى بطنه فأشبه ما لو كان لونه ظاهراً.

ولنا: أن هذا ليس برضاع ولا فى معناه فوجب أن لا يثبت حكمه فيه.

فصل: وإن حلب من نسوة وسقيه الصبى فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن، لأنه لو شيب بماء أو عسل لم يخرج عن كونه رضاعًا محرمًا فكذلك إذا شيب بلبن آخر.

١٣٧٠- **مسألة:** قال: **(ويحرم لبن الميتة كما يحرم لبن الحية، لأن اللبن لا يموت)**.

المنصوص عن أحـمد فى رواية إبراهيم الحربى: أنه ينشـر الحرمة وهو اختـيار أبى بكر وهو قول أبى ثور والأوزاعى وابن القاسم وأصحاب الرأى وابن المنذر، وقال الخلال لا ينشر الحرمـة وتوقف عنه أحمد فـى رواية مهنا وهو مذهب الشـافعى، لأنه لبن مـمن ليس بمحل للولادة فلم يتعلق به التحريم كلبن الرجل.

ولنا: أنه وجد الارتضاع على وجه ينبت اللحم وينشز العظم من امرأة فأثبت التحريم كما لو كانت حية، ولأنه لا فارق بين شربه فى حياتها وموتها إلا الحياة والموت أو النجاسة وهذا

قول الخرقى، وبه قال الشـافعى، وقال أبو بكر: قياس قول أحـمد أنه لا يحرم، لأنه وجور، وقـال ابن حامـد: إن غلب اللبـن حرم وإلا فـلا، وهو قـول أبى ثور والمـزنى، لأن الحكم للأغلب، ولأنه يزول بذلك الاسم والمـعنى ونحوه قول أصـحاب الرأى، وزادوا فـقالوا: إن كانت النار مـست اللبن حتى أنضجت الطعـام أو حتى تغير فليس برضـاع. ووجه الأول: أن اللبن متى كان ظاهراً فقد حصل شربه ويحصل به إنبات اللحم وإنشاز العظم فحرم كما لو كان غالبًا، وهذا فيما إذا كانت صفات اللبن باقية فأما إن صب فى ماء كثير لم يتغير به لم يثبت به التحريم، لأن هذا ليس بمشوب ولا يحصل به التغذى ولا إنبات اللحم وإنشاز العظم، وحكى عن القاضى: أن التحريم يثبت به، وهو قول الشافعى، لأن أجزاء اللبن حصلت فى بطنه أشبه ما لو كان لونه ظاهراً.

ولنا: أن هذا ليس برضاع ولا فى معناه فوجب أن لا يثبت حكمه فيه.

فصل: فإن حلب من نسوة وسقى الصبى فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن، لأنه لو شيب بماء أو عسل لم يخرج عن كونه رضاعًا محرمًا فكذلك إذا شيب بلبن آخر.

لا أثر له، فإن اللبن لا يموت والنجاسة لا تمنع كما لو حلب فى وعاء نجس، ولأنه لو حلب منها فى حياتها فشربه بعد موتها لنشر الحرمة وبقاؤه فى ثديها لا يمنع ثبوت الحرمة، لأن ثديها لا يزيد على الإناء فى عدم الحياة وهى لا تزيد على عظم الميتة فى ثبوت النجاسة.

فصل: ولو حلبت المرأة لبنها فى إناء ثم ماتت فشربه صبى نشر الحرمة فى قول كل من جعل الوجور محرمًا، وبه قال أبو ثور والشافعى وأصحاب الرأى وغيرهم وذلك لأنه لبن امرأة فى حياتها فأشبه ما لو شربه وهى فى الحياة.

١٣٧١- **مسألة:** قال: وإذا حبلت ممن يلحق نسب ولدها به فثاب لها لبن فأرضعت به طفلاً خمس رضعات متفرقات فى حولين حرمت عليه وبناتها من أبى هذا الحمل ومن غيره وبنات أبى هذا الحمل منها ومن غيرها، وإن أرضعت صبية فقد صارت ابنة لها ولزوجها لأن اللبن من الحمل الذى هو منه.

وجملة ذلك: أن المرأة إذا حملت من رجل وثاب لها لبن فأرضعت به طفلاً رضاعًا محرمًا صار الطفل المرتضع ابنًا للمرضعة بغير خلاف، وصار أيضًا ابنًا لمن ينسب الحمل إليه فصار فى التحريم وإباحة الخلوة ابنًا لهما، وأولاده من البنين والبنات أولاد أولادهما، وإن نزلت درجتهم وجميع أولاد المرضعة من زوجها ومن غيره وجميع أولاد الرجل الذى انتسب الحمل إليه من المرضعة ومن غيرها إخوة المرتضع وأخواته وأولاد أولادها أولاد إخوته وأخواته وإن نزلت درجتهم، وأم المرضعة جدته وأبوها جده وإخوتها أخواله وأخواتها خالاته وأبو الرجل جده وأمه جدته وإخوته أعمامه، وأخواته عماته وجميع أقاربهما ينتسبون إلى المرتضع كما ينتسبون إلى ولدهما من النسب، لأن اللبن الذى ثاب للمرأة مخلوق من ماء الرجل والمرأة فنشر التحريم إليهما ونشر الحرمة إلى الرجل وإلى أقاربه وهو الذى يسمى لبن الفحل، وفى التحريم به اختلاف ذكرناه فى باب ما يحرم نكاحه(١٣).

والجمع بينه والحجة القاطعة فيه ما روت عائشة: «أن أفلح أخا أبى القعيس استأذن على

12- **مسألة: (والحقنة لا تنشر الحرمة، نص عليه، وقال ابن حامد: ينشرها).**

المنصوص عن أحمد: إن الحقنة لا تحرم، قاله أبو الخطاب وهو مذهب أبى حنيفة ومالك، وقال ابن حامد وابن أبى موسى: يحرم وهو مذهب الشافعى، لأنه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر فتعلق به التحريم كالرضاع.

ولنا: أن هذا ليس برضاع، ولا يحصل به التغذى فلم ينشر الحرمة كما لو قطر فى إحليله، ولأنه ليس برضاع ولا فى معناه فلم يجز إثبات حكمه، ويفارق فطر الصائم، فإنه لا يعتبر فيه إثبات اللحم، ولا إنشاز العظم، وهذا لا يحرم فيه إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم، ولأنه وصل إلى الباطن من غير الحلق أشبه ما لو وصل من جرح.

---

(١٣) تقدم فى المسألة رقم (١١٤٦) تحت قوله: (ولبن الفحل محرم).

بعدما أنزل الحجاب فقلت: والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله ﷺ فإن أخا أبى القعيس ليس هو أرضعنى، ولكن أرضعتنى امرأة أبى القـعيس، فدخل على رسول الله ﷺ فقلت: يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضـعنى ولكن أرضعـتنى امرأته قال: «ائذنى له فـإنه عمّك تربت يمينك» قال عروة: فـبذلك كانت عائشة تأخذ بقول: «حرمـوا من الرضاع ما يحرم من النسب» متفق عليه(١٤).

وسئل ابن عباس عن «رجل تزوج امرأتين فأرضـعت إحداهما جارية والأخرى غلامًا هل يتزوج الغلام بالجارية؟ فقال لا، اللقاح واحد»(١٥) قال مالك: اختلف قديمًا فى الرضاعة من قبل الأب ونزل برجال من أهل المـدينة فى أزواجهم منهم محمد بن المنكدر وابن أبى حـبيبة فاستفتوا فى ذلك فاختلف عليهم ففارقوا زوجاتهم، فأما المرتضع فإن الحرمة تنتشر إليه وإلى أولاده وإن نزلوا ولا تنتشر إلى من فى درجته من إخـوته وأخواته ولا إلى أعلى منه كأبيه وأمه وأعمامه وعـماته وأخواله وخالاته وأجداده وجداته فلا يحرم عـلى المرضعة نكاح أبى الطفل المرتضع ولا أخـيه ولا عمه ولا خـاله، ولا يحرم على زوجهـا نكاح أم الطفل المرتضع ولا أختـه ولا عمتـه ولا خالته، ولا بأس أن يتـزوج أولاد المرضـعة وأولاد زوجهـا أخوة الطفل المرتضع وأخواته، قـال أحمد: لا بأس أن يتزوج الرجل أخت أخته من الرضـاع ليس بينهما رضاع ولا نسب وإنما الرضاع بين الجارية وأخيه.

إذا ثبت هذا فـإن من شرط تحريـم الرضاع أن يكون فى الحـولين، وهذا قول أكـثر أهل العلم، روى نحو ذلك عن عمر وابن عمر وابـن مسعود وابن عباس وأبى هريرة وأزواج النبى ﷺ سوى عـائشة، وإليه ذهـب الشعبى وابن شـبرمة والأوزاعى والشـافعى وإسـحاق وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور ورواية عن مالك وروى عنه: إن زاد شهرًا جاز وروى شهران.

وقال أبو حنيفـة يحرم الرضاع فى ثلاثين شهرًا لقوله سـبحانه: ﴿ **وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا** ﴾ (الأحقاف: ١٥) ولم يرد بالحمل حمل الأحشاء، لأنه يكون سنتين فعلم أنه أراد الحمل فى الفصـال، وقال زفر مدة الرضـاع ثلاث سنين وكانت عائشـة ترى رضاعة الكبيـرة تحرم، ويروى هذا عن عطاء والليث وداود لما روى أن سهلة بنت سهيل قالت: «يا رسول الله إنا كنا نرى سالمًا ولدًا فكان يأوى معى ومع أبى حذيفة فى بيت واحد ويرانى فضلا(١٦)، وقد أنزل الله فيـهم ما قد علمت فكيف ترى فـيه؟ فقال لهـا النبى ﷺ: أرضعيـه، فأرضعتـه خمس رضعـات فكان بمنزلة ولدها فبـذلك كانت عائشـة تأخذ، تأمر بنـات أخواتها وبنات إخـوتها

---

(١٤) تقدم برقم (١٩٧) مسألة رقم (١١٤٢).

(١٥) أخـرجه الترمذى فى كـتاب «الرضـاع» (٣/ ح١١٤٩) ومالك فى «المـوطأ» (٢/ ٥/ ٦٠٢، ٦٠٣) والبيهـقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٥٣) وعبد الرزاق فى «مصنفـه» (٧/ ح١٣٩٤٢/ ٤٧٣) وسعيد ابن منصور فى «سننه» (١/ ٢٤٠/ ٩٦٦).

(١٦) **فضلاً:** أى: متبذلة فى ثياب المهنة.

يرضعن من أحبت عائشة أن يراها ويدخل عليها، وإن كان كبيراً خمس رضعات، وأبت ذلك أم سلمة وسائر أزواج النبى ﷺ أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس حتى يرضع فى المهد، وقلن لعائشة: والله ما ندرى لعلها رخصة من النبى ﷺ لسالم دون الناس؟» رواه النسائى وأبو داود وغيرهما(١٧).

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ (البقرة: ٢٣٣) فجعل تمام الرضاعة حولين، فيدل على أنه لا حكم لها بعدهما، وعن عائشة: أن رسول الله ﷺ دخل عليها وعندها رجل، فتغير وجه النبى ﷺ، فقالت: يا رسول الله إنه أخى من الرضاعة فقال رسول الله ﷺ: «انظرن من إخوانكن، فإنما الرضاعة من المجاعة» متفق عليه(١٨)، وعن أم سلمة قالت: قال رسول الله ﷺ: «لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الفطام»(١٩) أخرجه الترمذى وقال حديث حسن صحيح، وعند هذا يتعين حمل خبر أبى حذيفة على أنه خاص له دون الناس كما قال سائر أزواج النّبى ﷺ، وقول أبى حنيفة تحكم يخالف ظاهر الكتاب وقول الصحابة، فقد روينا عن على وابن عباس، أن المراد بالحمل حمل البطن، وبه استدل على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وقد دل على هذا قول الله تعالى: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ (لقمان: ١٤) فلو حمل على ما قاله أبو حنيفة لكان مخالفاً لهذه الآية إذا ثبت هذا فالاعتبار بالعامين لا بالفطام فلو فطم قبل الحولين ثم ارتضع فيهما لحصل التحريم ولو لم يفطم حتى تجاوز الحولين ثم ارتضع بعدهما قبل الفطام لم يثبت التحريم، وقال ابن القاسم صاحب مالك: لو ارتضع بعد الفطام فى الحولين لم تحرم عليه لقوله ﷺ: «وكان قبل الفطام».

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ (البقرة: ٢٣٣) وروى عنه ﷺ: «لا رضاع إلا ما كان فى الحولين»(٢٠) والفطام معتبر بمدته لا بنفسه قال أبو الخطاب: لو ارتضع بعد الحولين بساعة لم يحرم، وقال القاضى لو شرع فى الخامسة فحال الحول قبل كمالها لم يثبت التحريم، ولا يصح هذا، لأن ما وجد من الرضعة فى الحولين كاف فى التحريم بدليل ما لو انفصل مما بعده فلا ينبغى أن يسقط حكم بإيصال ما لا أثر له به، واشترط الخرقى فى نشر الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذى ثاب اللبن بوطئه: أن

(١٧) تقدم فى المسألة رقم (١١٤٢) برقم (١٩٤).

(١٨) أخرجه البخارى فى كتاب «الشهادات» (٥/ ح٢٦٤٧) وفى كتاب «النكاح» (٩/ ح٥١٠٢) ومسلم فى كتاب «الرضاع» (٢/ ٣٢/ ١٠٧٨).

(١٩) أخرجه الترمذى فى كتاب «الرضاع» (٣/ ح١١٥٢) وابن ماجه (١/ ح١٩٤٦) وإسناده صحيح.

(٢٠) أخرجه الدارقطنى فى «سننه» (٤/ ١٧٤) وقال: لم يسنده عن ابن عيينة غير الهيثم بن جميل وهو ثقة حافظ، وأخرجه ابن عدى فى «الكامل» (٧/ ١٠٣) وقال: الهيثم ليس بالحافظ يغلط على الثقات وأرجو أنه لا يشهد الكذب.

يكون لبن حمل ينتسب إلى الواطئ إما لكون الوطء فى نكاح أو ملك يمين أو شبهة، فأما لبن الزانى أو النافى للولد باللعان فلا ينشر الحرمة بينهـما فى مفهوم كلام الخرقى، وهو قول أبى عبد الله بن حـامد ومذهب الشافـعى، وقال أبو بكر عبد العـزيز: تنتشر الحرمة بـينهما، لأنه معنى ينشر الحرمة فاستوى فى ذلك مباحة ومحظورة كالوطء يحققه أن الواطئ حصل منه لبن وولد ثم إن الولد ينشر الحـرمة بينه وبين الواطئ كذلك اللبن، ولأنه رضاع ينشـر الحرمة إلى المرضعـة فنشرها إلى الواطئ كصورة الإجمـاع، ووجه القول الأول: أن التحريم بينهـما فرع لحرمة الأبوة فلما لم تثبت حرمة الأبوة لم يثبت ما هو فرع لها، ويفارق تحريم ابنته من الزنا، لأنها من نطفته حقـيقة بخلاف مسألتنا ويفارق تحريم المصـاهرة فإن التحريم ثم لا يقف على ثبوت النسب، ولهذا تحرم أم زوجته وابنتها من غير نسب، وتحريم الرضاع مبنى على النسب ولهذا قـال ﷺ: «يحرم من الرضاع مـا يحرم من النسب»(٢١) فأمـا المرضعـة فإن الطفل المرتضع محرم عليها ومنسوب إليها عند الجميع، وكذلك يحرم جميع أولادها وأقاربها الذين يحرمـون على أولادها على هذا المرتضع كما فـى الرضاع باللبن المباح، وإن كـان المرتضع جارية حرمت على الملاعن بغير خلاف أيضًا، لأنها ربيبته فإنها بنت امرأته من الرضاع وتحرم على الزانى عند من يرى تحريم المـصاهرة، وكذلك يحرم بناتها وبنات الـمرتضع من الغلمان لذلك.

فــصل: **وإذا وطئ رجلان امرأة فأتت بولد فأرضـعت بلبنه طفلاً صار ابنًا لمن ثبت نسب المـولود منه**، سواء ثبت نسبه منه بالقافة أو بغيرها، وإن ألحقته القافة بهما صار المرتضع ابنًا لهما فـالمرتضع فى كل موضع تبع للمناسب فـمتى لحق المناسب بشخص فالمـرتضع مثله، وإن انتفى المناسب عن أحدهما فالمرتضع مثله، لأنه بلبـنه ارتضع وحرمته فرع على حرمته، وإن لم يثبت نسـبه منهمـا لتعذر القـافة أو لاشتـباهه عليـهم ونحو ذلك حرم عليـهما تغليـبًا للحظر، لأنه يحتمل أن يكون منهـما، ويحتمل أن يكون ابن أحدهما فيـحرم عليه أقاربه دون أقارب الآخر وقـد اختلطت أخته بغيـرها فحرم الجميع كـما لو علم أخته بعيـنها ثم اختلطت بأجنبيات وإن انتـفى عنهما جميعًا بأن تـأتى به لدون ستة أشهر من وطئهـما أو لأكثر من أربع سنين أو لدون سـتة أشهـر من وطء أحدهمـا أو لأكثـر من أربع سنين من وطء الآخر انـتفى المرتضع عنـهما أيضًـا، فإن كان المـرتضع جارية حرمت عليـهما تـحريم المصـاهرة ويحرم أولادها عليهما أيضًا لأنها ابنة موطوءتهما فهى ربيبة لهما.

فــصل: **ولا تنتشر الحرمة بغير لبن الآدمية بحال**، فلو ارتضع اثنان من لبن بهيـمة لم يصيرا أخـوين فى قول عامة أهل الـعلم منهم الشافعى وابن القاسم وأبو ثـور وأصحاب الرأى ولو ارتضعا من رجل لم يصيـرا أخوين ولم تنتشر الحرمة بينه وبينهما فى قـول عامتهم، وقال

---

(٢١) تقدم فى المسألة رقم (١١٤٥) برقم (١٢).

الكرابيسى(٢٢) يتعلق به التحريم، لأنه لبن آدمى أشبه لبن الآدمية وحكى عن بعض السلف: أنهما إذا ارتضعا من لبن بهيمة صـارا أخوين وليس بصحيح، لأن هذا يتعلق به تحريم الأمومة فلا يثبت به تحريم الأخوة، لأن الأخوة فـرع على الأمومة، وكذلك لا يتعلق به تحريم الأبوة لذلك، ولأن هذا اللبن لم يخلق لغذاء المولود فلم يتعلق به التـحريم كسائر الطعام، فإن ثاب لخنثى مـشكل لبن لم يثبت به التـحريم، لأنه لـم يثبت كونـه امرأة، فلا يثـبت التحـريم مع الشك، وقال ابن حامـد: يقف الأمر حتى ينكشف أمر الخنثى، فعلى قوله يثـبت التحريم إلا أن يتبين كونه رجلاً لأنه لا يأمن كونه محرمًا.

فـــصـل: وإن ثاب لامرأة لبن مـن غير وطء فـأرضعت به طفلاً نشـر الحرمـة فى أظهر الروايتـــين، وهو قول ابن حامد ومذهب مالك والثـورى والشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى وكل من يحفظ عنه ابن المنذر لقـول الله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِى أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ (النســاء: ٢٣) ولأنه لبن امرأة فتعلق به التحريم كـما لو ثاب بوطء، ولأن ألبان النساء خلقت لغذاء الأطفال، فإن كان هذا نادرًا فجنسه معتاد.

والرواية الثـانيـة: لا تنشر الحرمة، لأنه نادر لم تجر العادة به لتـغذية الأطفال فأشبه لبن الرجال والأول أصح.

فـصـل: إذا كان لرجل خمس أمهات أولاد له منهن لبن فارتضع طفل من كل واحدة منهن رضعـة لم يصرن أمهات له وصـار المولى أبًا له، وهذا قول ابن حـامد، لأنه ارتضع من لبنه خمس رضعات، وفيه وجه آخر لا تـثبت الأبوة، لأنه رضاع لم يثبت الأمومة فلم يثبت الأبوة كالارتضـاع بلبن الرجل، والأول أصح، فـإن الأبوة إنما تثـبت لكونه رضع من لبنه لا لكون المرضعــة أمّا له، ولأصحاب الشـافعى وجهان كـهذين، وإذا قلنا بثبوت الأبوة حـرمت عليه المرضعات، لأنه ربيبهن وهن موطوءات أبيـه، وإن كان لرجل خمس بنات فأرضعن طفلاً كل واحدة رضعة لم يصرن أمهات له، وهل يصير الرجل جدّا له وأولاده أخوالاً له وخالات؟ على وجهين: **أحدهما:** يصير جدّا وأخوهن خالاً، لأنه كمل للمرتضع خمس رضعات من لبن بناته أو أخواته فأشبه ما لو كان من واحدة، والآخر لا يثبت ذلك، لأن كونه جدّا فرع كون ابنته أمّا وكونه خالاً فـرع كون أخته أمّا ولم يـثبت ذلك فلا يثبت الفرع، وهذا الوجـه يترجح فى هذه المسـألة، لأن الفرعية مـتحققة بـخلاف التى قبلها، فـإن قلنا: يصير أخوهن خـالاً لم تثبت الخئولة فى حق واحدة منهن، لأنه لم يرضع من لبن أخواتهـا خمس رضعات، ولكن يحتمل التحريم لأنه قـد اجتمع من اللبن المحـرم خمس رضعات، ولو كمل للطفل خـمس رضعات من أمه وأخته وابنته وزوجته وزوجة أبيه من كل واحدة رضعة خرج على الوجهين:

---

(٢٢) هو الحسين بن على بن يزيد أبو على الكرابيسى، كان إمامًا جليلاً جامعًا بين الفقه والحديث تفقه أولاً على مذهب أهل الرأى ثم تفقه للشافعى وله مصنفات كثيرة، مات سنة خمس وأربعين، وقيل: ثمان وأربعين ومائة، طبقات الشافعية الكبرى (٢/ ١١٧).

فصل: إذا كان لامرأة لبن من زوج فأرضعت طفلاً ثلاث رضعات وانقطع لبنها فتزوجت آخر فصار لها منه لبن فأرضعت منه الصبى رضعتين صارت أمّا له بغير خلاف علمناه عند القائلين بأن الخمس محرمات، ولم يصر من الزوجين أبًا له لأنه لم يكمل عدد الرضاع من لبنه ويحرم على الرجلين لكونه ربيبهما لا لكونه ولدهما.

١٣٧٢- **مسألة:** قال: **(ولو طلق زوجته ثلاثًا وهى ترضع من لبن ولده فتزوجت بصبى مرضع فأرضعته فحرمت عليه ثم تزوجت بآخر ودخل بها ووطئها ثم طلقها أو مات عنها لم يجز أن يتزوجها الأول لأنها صارت من حلائل الأبناء لما أرضعت الصبى الذى تزوجت به)**.

هذه المسألة من فروع المسألة التى قبلها وهو أن المرتضع يصير ابنًا للرجل الذى ثاب اللبن بوطئه، فهذه المرأة لما تزوجت صبيّا ثم أرضعته بلبن مطلقها صار ابنًا لمطلقها فحرمت عليه، لأنها أمه وبانت منه، وكانت زوجة له فصارت زوجة لابن مطلقها فحرمت على الأول على التأبيد لكونها صارت من حلائل أبنائه، ولو تزوجت امرأة صبيّا فوجدت به عيبًا ففسخت نكاحه ثم تزوجت كبيراً فصار لها منه لبن فأرضعت به الصبى خمس رضعات حرمت على زوجها، لأنها صارت من حلائل أبنائه، ولو زوج الرجل أم ولده أو أمته بصبى مملوك فأرضعته بلبن سيدها خمس رضعات انفسخ نكاحه وحرمت على سيدها على التأبيد، لأنها صارت من حلائل أبنائه، فإن كان الصبى حرّاً لم يتصور هذا الفرع لم يصح نكاحه، لأن من شرط جواز نكاح الحر الأمة خوف العنت، ولا يوجد ذلك فى الطفل فإن تزوج بها كان النكاح فاسداً وإن أرضعته لم تحرم على سيدها، لأنه ليس بزوج فى الحقيقة.

فصل: وإذا طلق الرجل زوجته، ولها منه لبن فتزوجت آخر لم يخل من خمس أحوال:
أحدها: أن يبقى لبن الأول بحاله لم يزد ولم ينقص ولم تلد من الثانى فهو للأول سواء حملت من الثانى أو لم تحمل لا نعلم فيه خلافًا لأن اللبن كان للأول، ولم يتجدد ما يجعله من الثانى فبقى للأول، **الثانى:** أن لا تحمل من الثانى فهو للأول سواء زاد أو لم يزد أو انقطع ثم عاد أو لم ينقطع، **الثالث:** أن تلد من الثانى فاللبن له خاصة، قال ابن المنذر(٢٣): أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم وهو قول أبى حنيفة والشافعى سواء زاد أو لم يزد انقطع أو اتصل، لأن لبن الأول ينقطع بالولادة من الثانى فإن حاجة المولود إلى اللبن تمنع كونه لغيره، **الحال الرابع:** أن يكون لبن الأول باقيًا وزاد بالحمل من الثانى فاللبن منهما جميعًا فى قول أصحابنا وقال أبو حنيفة: هو للأول ما لم تلد من الثانى.

وقال الشافعى: إن لم ينته الحمل إلى حال ينزل منه اللبن فهو للأول، فإن بلغ إلى حال ينزل به اللبن فزاد به ففيه قولان: **أحدهما:** هو للأول **والثانى:** هو لهما.

ولنا: أن زيادته عند حدوث الحمل ظاهر فى أنها منه وبقاء لبن الأول يقتضى كون أصله منه فيجب أن يضاف إليهما كما لو كان الولد منهما.

---

(٢٣) انظر الإجماع لابن المنذر (٨٢/ ٣٧٧).

الحال الخامس: انقطع من الأول ثم ثاب بالحمل من الثانى، فقال أبو بكر: هو منهما وهو أحد أقوال الشافعى إذا انتهى الحمل إلى حال ينزل به اللبن، وذلك لأن اللبن كان للأول فلما عاد لحدوث الحمل فالظاهر أن لبن الأول ثاب بسبب الحمل الثانى فكان مضافًا إليهما كما لو لم ينقطع، واختار أبو الخطاب أنه من الثانى وهو القول الثانى للشافعى لأن لبن الأول انقطع فزال حكمه بانقطاعه وحدث بالحمل من الثانى فكان له كما لو لم يكن لها لبن من الأول، وقال أبو حنيفة: هو للأول ما لم تلد من الثانى وهو القول الثالث للشافعى لأن الحمل لا يقتضى اللبن وإنما يخلقه الله تعالى للولد عند وجوده لحاجته إليه والكلام عليه قد سبق.

١٣٧٣- **مسألة:** قال: **(ولو تزوج كبيرة أو صغيرة ولم يدخل بالكبيرة حتى أرضعت الصغيرة فى الحولين حرمت عليه الكبيرة وثبت نكاح الصغيرة، وإن كان دخل بالكبيرة حرمتا عليه جميعًا ويرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة)**.

نص أحمد على هذا كله، فى هذه المسألة فصول أربعة:

الأول: أنه متى تزوج كبيرة وصغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل دخوله بها فسد نكاح الكبيرة فى الحال، وحرمت على التأبيد وبهذا قال الثورى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى، وقال الأوزاعى: نكاح الكبيرة ثابت وتنزع منه الصغيرة وليس بصحيح، فإن الكبيرة صارت من أمهات النساء فتحرم أبدًا لقول الله سبحانه: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ (النساء: ٢٣) ولم يشترط دخوله بها، فأما الصغيرة ففيها روايتان: **إحداهما:** نكاحها ثابت، لأنها ربيبة ولم يدخل بأمها فلا تحرم لقول الله سبحانه: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ (النساء: ٢٣) **والرواية الثانية:** ينفسخ نكاحها وهو قول الشافعى وأبى حنيفة، لأنهما صارتا أمًا وبنتًا واجتمعتا فى نكاحه والجمع بينهما محرم فانفسخ نكاحهما كما لو صارتا أختين وكما لو عقد عليهما بعد الرضاع عقدًا واحدًا.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: **(إذا تزوج كبيرة لم يدخل بها وثلاث صغائر فأرضعت الكبيرة إحداهن فى الحولين حرمت الكبيرة على التأبيد وثبت نكاح الصغيرة، وعنه: ينفسخ نكاحهما)** إذا تزوج كبيرة وصغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل دخوله بها فسد نكاح الكبيرة فى الحال، وحرمت على التأبيد، وبه قال الثورى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى وقال الأوزاعى: نكاح الكبيرة ثابت، وتنزع منه الصغيرة، ولا يصح ذلك، فإن الكبيرة صارت من أمهات النساء فتحرم أبدًا لقول الله سبحانه: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ ولم يشترط دخوله بها فأما الصغيرة ففيها روايتان: **إحداهما:** نكاحها ثابت، لأنها ربيبة ولم يدخل بأمها فلا تحرم لقول الله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ **والرواية الثانية:** ينفسخ نكاحها، وهو قول الشافعى وأبى حنيفة، لأنهما صارتا أمًا وبنتًا واجتمعتا فى نكاحه، والجمع بينهما محرم فانفسخ نكاحهما كما لو صارتا أختين وكما لو عقد عليهما بعد الرضاع عقدًا واحدًا.

ولنا: أنه أمكن إزالة الجمع بانفساخ نكاح الكبيـرة وهى أولى به، لأن نكاحها محرم على التأبيـد فلم يبطل نكاحهما به كـما لو ابتدأ العقـد على أخته وأجنبيـة، ولأن الجمع طرأ على نكاح الأم والبنت فـاختـص الفسخ بنـكاح الأم كمـا لو أسلم وتحـته امـرأة وبنتـها، وفـارق الأختين، لأنه ليست إحداهما أولى بالفسخ من الأخرى، وفارق ما لو ابتدأ العقد عليهما، لأن الدوام أقوى من الابتداء.

الفصل الـثاني: أنه إن كان دخل بالكبيرة حرمتا جميعًا على الأبد وانفسخ نكاحهما، لأن الكبيرة صارت من أمهات النساء والصغيرة ربيبـة قد دخل بأمها فتحرم تحريمًا مؤبدًا، وإن كان الرضاع بلبنه صارت الصغيرة بنتًا محرمة عليه لوجهين لكونها بنته وربيبته التى دخل بأمها.

الفصل الـثالث: أن عليه نصف مهر الصغيرة، لأن نكاحها انفسخ قبل دخوله بها من غير جهتها والفسخ إذا جاء من أجنبى كان كطلاق الزوج فى وجوب الصداق عليه ولا مهر للكبيرة إن لم يكن دخل بها، لأن فسخ نكاحها بسبب من جهتها فسقط صداقها كما لو ارتدت، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ولا نعلم فـيه خلافًا، وإن كان دخل بالكبيرة لم يسقط مـهرها، لأنه استقـر بدخوله بها استـقرارًا لا يسقطه شىء ولذلك لا يسـقط بردتها ولا بغيرها.

الفصل الرابع: أنه يرجع على الكبيرة بما لزمه من صداق الصغيرة؛ وبهذا قال الشافعى،

ولنا: أنه أمكن إزالة الجـمع بانفساخ نـكاح الكبيرة، وهى أولى به، لأن نكـاحها مـحرم على التأبيد فلم يبطل نكاحهما به كما لو ابتدأ العقد على أخته وأجنبية، ولأن الجمع طرأ على نكاح الأم والبنت فاختص الفسخ بنكاح الأم كما لو أسلم وتحـته امرأة وبنتها وفارق الأختين، لأنه ليست إحداهما أولى بالـفسخ من الأخرى، وفارق ما لو ابتدأ العقـد عليهما، لأن الدوام أقوى من الابتداء.

13- مسألة: (وإن أرضعت اثنتين منفردتين انفسخ نكاحهما على الرواية الأولى، وعلى الثانية ينفسخ نكاح الأولى ويثبت نكاح الثانية).

أما انفساخ نكاح الصغيرتين فلأنهما صارتا أختيـن واجتمعتا فى الزوجية فينفسخ نكاحهما كما لو أرضـعتهما مـعًا، وهذا على الرواية الأولى التى تقول: ينفسخ نكاح الكبـيرة وحدها، فأما على الرواية التى تقول: ينفـسخ نكاحهما معًا، فإنه يثبت نكاح الأخـيرة من الصغيرتين، لأن الكبيرة لما أرضعت الصغيرة أولاً انفسخ نكاحهـما ثم أرضعت الأخرى فلم تجتمع معهما فى النكاح فلم ينفسخ نكاحها.

فصل: إذا أرضعت الصغيرة أجنبية انفسخ نكاحهما أيضًا، وهذا قول أبى حنيفة والمزنى وهو أحد قولى الشـافعى، وقال فى الآخر: ينفسخ نكاح الأخيـرة وحدها، لأن سبب البطلان حصل بها، وهو الجمع فأشبه ما لو تزوج إحدى الأختين بعد الأخرى.

وحكى عن بعض أصحابه: أنه يرجع بجميع صداقها، لأنها أتلفت البضع فوجب ضمانه، وقال أصحاب الرأى إن كانت المرضعة أرادت الفساد رجع عليها بنصف الصداق وإلا فلا يرجع بشىء، وقال مالك: لا يرجع بشىء.

ولنا: على أنه يرجع عليها أنها قررته عليه وألزمته إياه وأتلفت عليه ما فى مقابلته فوجب عليه الضمان كما لو أتلفت عليه المبيع.

ولنا على أبى حنيفة: أن ما ضمن فى العمد ضمن فى الخطأ كالمال، ولأنها أفسدت نكاحه وقررت عليه نصف الصداق فلزمها ضمانه كما لو قصدت الإفساد.

ولنا: على أن الزوج إنما يرجع بالنصف: أن الزوج لم يغرم إلا النصف فلم يجب له أكثر مما غرم، ولأنه بالفسخ يرجع إليه بدل النصف الآخر فلم يجب له بدل ما أخذ بدله مرة أخرى، ولأن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له، وإنما ضمنت المرضعة هاهنا لما ألزمت الزوج ما كان معرضًا للسقوط بسبب يوجد من الزوجة فلم يرجع هاهنا بأكثر مما ألزمته.

فصل: والواجب نصف المسمى لا نصف مهر المثل، لأنه إنما يرجع بما غرم والذى غرم نصف ما فرض لها فرجع به، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعى: يرجع بنصف مهر المثل، لأنه ضمان متلف، فكان الاعتبار بقيمته دون ما ملكه به كسائر الأعيان.

ولنا: أنه جمع بين الأختين فى النكاح فانفسخ نكاحهما كما لو أرضعتهما معًا، وفارق ما لو عقد على واحدة بعد أخرى، فإن عقد الثانية لم يصح فلم يصر به جامعًا بينهما وههنا حصل الجمع برضاع الثانية ولا يمكن القول بأنه لم يصح فحصلتا معًا فى نكاحه وهما أختان لا محالة.

14- **مسألة:** وإن أرضعت الثلاث متفرقات انفسخ نكاح الأولتين وثبت نكاح الثالثة على الرواية الأولى، وعلى الثانية ينفسخ نكاح الجميع، لأنهما صارتا أختين فى نكاحه، وثبت نكاح الثالثة لأن رضاعها بعد انفساخ نكاح الكبيرة والصغيرتين اللتين قبلها فلم يصادف إخوتها جمعًا فى النكاح.

15- **مسألة: (وإن أرضعت إحداهن منفردة واثنتين بعدها معًا بأن تلقم كل واحدة منهما ثديًا فيمتصان معًا أو تحلب من لبنها فى إناء فتسقيهما معًا انفسخ نكاح الجميع لأنهن صرن أخوات فى نكاحه).**

لأنها إذا أرضعت إحداهن منفردة لم ينفسخ نكاحها، لأنها منفردة ثم إذا أرضعت اثنتين بعد ذلك مجتمعات انفسخ نكاح الجميع، لأنهن أخوات فى النكاح، هذا على الرواية الأولى، وعلى الثانية ينفسخ نكاح الأم والأولى بالاجتماع ثم ينفسخ نكاح الاثنتين لكونهما صارتا أختين معًا.

ولنا: أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة لـه بدليل ما لو قتلت نفسها أو ارتدت أو أرضعت من ينفسخ نكاحـها بإرضاعه فإنها لا تغـرم له شيئًا وإنما الرجوع هـٰهـنا بما غرم فلا يرجع بغيـره، ولأنه لو رجع بقيمـة المتلف لرجع بمهـر المثل كله ولم يختص بنصـفه، لأن التلف لم يختص بالنصف، ولأن شهود الطلاق قبل الدخـول إذا رجعوا لزمهم نصف المسمى كذا هـٰهنا.

فـصل: وكل امرأة تحرم ابنتها إذا أرضعت زوجته الصغيرة أفسدت نكاحه وحرمتها عليه ولزمهـا نصف الصداق، فإن أرضعتها أمه صارت أخته، وإن أرضـعتها جدته صارت عمته أو خالته (وإن أرضعتـها بنته صارت بنت بنته)[٢٤] وإن أرضعتها أخـته صارت بنت أخته، وكل امرأة تحرم بنت زوجها إذا أرضعتها بلبن زوجها حـرمتها عليه وعليها نصف مهرها كامرأة ابنه وامرأة أبيـه وامرأة أخيـه وامرأة جده، لأنهـا إن أرضعتـها امرأة أبـيه بلبنه صارت أختـه، وإن أرضعتها امرأة ابنه صارت بنت ابنه، وإن أرضعتها امرأة أخيه صارت بنت أخيه، وإن أرضعتها امرأة جده بلبنه صارت عمته أو خالته، وإن أرضعتها امرأة أحد هؤلاء بلبن غيره لم تحرم عليه لأنها صارت ربيبة زوجها، وإن أرضعتها من لا تحرم بنتها كعمته وخالته لم تحرمها عليه، ولو تزوج ابنة عمه فأرضعت جدتهما أحدهما صغيرًا انفسخ النكاح، لأنها إن أرضعت الزوج صار عم زوجته، وإن أرضعت الزوجـة صارت عمة، وإن أرضعتهـما جميعًا صـار كل واحد منهما عم الآخر، وإن تزوج بنت عمتـه فأرضعت جدتهما أحدهما صغـيرًا انفسخ النكاح، لأنها إن أرضـعت الزوج صار خـالاً لها، وإن أرضـعت الزوجة صـارت عمـته، وإن تزوج ابنة خـاله

16- **مـسألة: (وله أن يتزوج من شاء من الأصاغر)**.

لأن تحريمـهن تحريم جمع لا تحـريم تأبيد فلهن ربائب لم يدخل بأمـهن وإن كان دخل بالأم حرم الكل عليه على الأبد، لأنهن ربائب مدخول بأمهن.

17- **مـسألة: (وكل امرأة تحرم ابنتها عليه كأمه وأخـته وجدته وربيبته إذا أرضعت طفلة حرمتها عليه)**.

لأنه تصير ابنـتها، وكل رجل تحرم ابنته كـأخيه وابنه وأبيه إذا أرضـعت امرأته بلبنه طفلة حرمتها عليه وفسخت نكاحها، لأنها صارت ابنة من تحرم ابنته عليه، وإن أرضعتها امرأة أحد هؤلاء بلبن غيره لم تحرم عليـه، لأنها صارت ربيبة زوجها، وإن أرضعتـها من لا تحرم بنتها كعمته وخالته لم تحرمها عليه، ولو تزوج بنت عمـه فأرضعت جدتهما أحدهما صغيرًا انفسخ النكاح، لأنها إن أرضـعت الزوج صار عم زوجته، وإن أرضـعت الزوجة صارت عمـته، وإن أرضعتهما جميعًا صار عمها وصارت عمته.

وإن تزوج عمته فأرضعت جدتهما أحدهما صغيرًا انفسخ النكاح، لأنها إن أرضعت الزوج

---

(٢٤) سقط من المطبوعة، وأثبتناه من (هـ).

فأرضعت جدتهمـا الزوج صار عم زوجته، وإن أرضعتها صارت خـالته، وإن تزوج ابنة خالته فأرضعت الزوج صار خال زوجته، وإن أرضعتها صارت خالة زوجها.

فـصل: وإن تزوج كبيرة ثم طلقها فأرضـعت صغيرة بلبنه صارت بنتًا له، وإن أرضعتها بلبن غيره صارت ربيبـة، فإن كان قد دخل بالكبيرة حرمت الصغـيرة على التأبيد، وإن كان لم يدخل بها لم تحرم لأنهـا ربيبة لم يدخل بأمها، وإن تزوج صغـيرة ثم طلقها فأرضعـتها امرأة حرمت المرضعة على التأبيد لأنها من أمهات نسائه، وإن تزوج كبيرة وصغيرة ثم طلق الصغيرة فأرضعتها الكبيرة حرمت الكبيرة وانفسخ نكاحها، وإن كان لم يدخل بها فلا مهر لها وله نكاح الصغيرة، وإن كان دخل بهـا فلها مهرها وتحرم هى والصغيرة على التـأبيد، وإن طلق الكبيرة وحدها قبل الرضـاع فأرضعت الصغـيـرة ولم يكن دخل بالكبيرة ثبت نكاح الصغـيرة وإن كان دخل بها حرمت الصغيـرة وانفسخ نكاحها ويرجع على الكبيرة بنصف صداقـها، وإن طلقهما جميعًـا فالحكم فى التحريم على ما مضـى، ولو تزوج رجل كبيرة وآخر صغيـرة ثم طلقاهما ونكح كل واحد منهما زوجة الآخر ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة حرمت عليهما الكبيرة وانفسخ نكاحها، وإن كان زوج الصغيرة دخل بالكبيرة حرمت عليه وانفسخ نكاحها وإلا فلا.

فـــصل: وإن أرضعت بنت الكبـيرة الصغـيـرة فالحكم فى التحريم والفـسخ حكم ما لو أرضعتهـا الكبيرة، لأنهـا صارت جـدتها، والرجوع بالصـداق على المرضـعة التى أفـسدت النكاح، وإن أرضعتها أم الكبيرة انفسخ نكاحهمـا معًا، لأنهما صارتا أختين فإن كان لم يدخل بالكبيرة فله أن ينكح من شاء منهما ويرجع على المرضعة بنصف صداقهما، وإن كان قد دخل بالكبيـرة فله نكاحها، لأن الصغـيرة لا عدة عليها وليس لـه نكاح الصغيرة حتى تـنقضى عدة الكبيـرة، لأنها قد صارت أخـتها فلا ينكحـها فى عدتها، وكـذلك الحكم إن أرضعتـها جدة الكبيرة لأنها تصير عـمة الكبيرة أو خالتها والجمع بينهما محـرم، وكذلك الحكم إن أرضعتها أختها أو زوجة أخيها بلبنه، لأنها صارت بنت أخت الكبيرة أو بنت أخيه، وكذلك إن أرضعتها بنت أخيها أو بـنت أختها، ولا يحرم فى شىء من هذا واحدة منهن على التـأبيد، لأنه تحريم جمع إلا إذا أرضعتها بنت الكبيرة وقد دخل بأمها.

فـصل: ومن أفسد نكاح امرأة بالرضاع قـبل الدخول غرم نصف صداقها، وإن كان بعد الدخول فنص أحمد عن أنه يـرجع عليه بالمهر كله، وهو مذهب الشافـعى لأن المرأة تستحق

صار خالها، وإن أرضعت الزوجة صارت عمته، وإن تزوج بنت خاله فأرضعت جدتهما الزوج صار عم زوجته، وإن أرضعتها صارت خالته، وإن تزوج ابنة خالته فأرضعت الزوج صار خال زوجته وإن أرضعتها صارت خالة زوجها.

فـــصل: وكل من أفسـد نكاح امرأة برضاع قـبل الدخول فإن الزوج يرجـع عليه بنصف مهرها الذى يلزمه لها لأنه قرره عليه بعد أن كان بغرض السقوط وفرق بينه وبين زوجته فلزمه

المهر كله على زوجها فترجع بما لزمه كنصف المهر فى غير المدخول بها، والصحيح إن شاء الله تعالى أنه لا يرجع على المرضعة بعد الدخول بشىء لأنها لم تقرر على الزوج شيئًا ولم تلزمه إياه فلم يرجع عليها بشىء كما لو أفسدت نكاح نفسها، ولأنه لو ملك الرجوع بالصداق بعد الدخول لسقط إذا كانت المرأة هى المفسدة للنكاح كالنصف قبل الدخول، ولأن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ما ذكرناه فيما مضى، ولذلك لا يجب مهر المثل، وإنما رجع الزوج بنصف المسمى قبل الدخول، لأنها قررته عليه ولذلك يسقط إذا كانت هى المفسدة لنكاحها ولم يوجد ذلك ههنا، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى، ولأنه لو رجع بالمهر بعد الدخول لم يخل إما أن يكون رجوعه ببدل البضع الذى فوتته أو بالمهر الذى أداه، لا يجوز أن يكون ببدل البضع لأنه لو وجب بدله لوجب له على الزوجة إذا فات بفعلها أو بقتلها ولكان الواجب لها مهر مثلها، ولا يجوز أن يجب له بدل ما أداه إليها لذلك، ولأنها ما أوجبته ولا لها أثر فى إيجابه ولا أدائه ولا تقريره، ولا نعلم بينهم خلافًا فى أنها إذا أفسدت نكاح نفسها بعد الدخول أنه لا يسقط مهرها ولا يرجع عليها بشىء إن كان أداه إليها ولا فى أنها إذا أفسدته قبل الدخول أنه يسقط صداقها وأنه يرجع عليها بما أعطاها، فلو دبت صغيرة إلى كبيرة فارتضعت منها خمس رضعات وهى نائمة وهما زوجتا رجل انفسخ نكاح الكبيرة وحرمت على التأبيد، فإن كان دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها، ولا مهر للصغيرة لأنها فسخت نكاح نفسها وعليه مهر الكبيرة يرجع به على الصغيرة عند أصحابنا، ولا يرجع به على ما اخترناه، وإن لم يكن دخل بالكبيرة فعليه نصف صداقها يرجع به على مال الصغيرة، لأنها فسخت نكاحها، وإن ارتضعت الصغيرة منها رضعتين وهى نائمة ثم انتبهت الكبيرة فأتمت لها ثلاث رضعات فقد حصل الفساد بفعلهما، فيتقسط الواجب عليهما، وعليه مهر الكبيرة وثلاثة أعشار مهر الصغيرة يرجع به على الكبيرة، وإن لم يكن دخل بالكبيرة فعليه خمس مهرها يرجع به على الصغيرة، وهل ينفسخ نكاح الصغيرة؟ على روايتين.

ذلك كشهود الطلاق إذا رجعوا، وإنما لزمه نصف مهر الصغيرة لأن نكاحها انفسخ قبل دخوله بها من غير جهتها، والفسخ إذا جاء من أجنبى كان كطلاق الزوج فى وجوب الصداق عليه.

18- مسألة: (وإن أفسدت نكاحها قبل الدخول فلا مهر لها).

لأن فسخ نكاحها بسبب من جهتها فسقط صداقها كما لو ارتدت، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه خلافًا، فعلى هذا إذا أرضعت امرأته الكبرى الصغرى فانفسخ نكاح الصغرى فعلى الزوج نصف مهر الصغرى يرجع به على الكبرى لما ذكرنا، وبهذا قال الشافعى، وحكى عن بعض أصحابه أنه يرجع بجميع صداقها، لأنها أتلفت البضع فوجب ضمانه، وقال أصحاب الرأى: إن كانت المرضعة أرادت الفساد رجع عليها بنصف الصداق، وإلا فلا يرجع بشىء، وقال مالك: لا يرجع بشىء.

ولنا: على أنه يرجع عليها بالنصف أنها قررته عليه وألزمته إياه وأتلفت عليه ما فى مقابلته فوجب عليها الضمان كما لو أتلفت عليه المبيع، ولنا: على أبى حنيفة أن ما ضمن فى العمد ضمن فى الخطأ كـالمال، ولأنهـا أفسدت نكاحـه وقررت عليه نصف الصـداق فأشبـه ما لو قصدت الإفساد، ولنا: على أن الزوج إنما يرجع بالنصف أنه لم يغرم إلا النصف فلم يجب له أكثر مما غرم، ولأنه بالفسخ رجـع إليه بدل النصف الآخر فلم يجب له بدل ما أخذ بدله مرة أخرى ولأن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له، وإنما ضمنت المرضعة ههنا لما ألزمت الزوج ما كان معرضًا للسقوط بسبب يوجد من الزوجة فلم يرجع ههنا بأكثر مما ألزمته.

فـصل: والواجب نصف المسمى لا نصف مهر المثل، لأنه إنما يرجع بما غرم، والذى غرم نصف ما فـرض لها فرجع به، وبهذا قال أبو حنـيفة، وقال الشافعـى: يرجع بنصف مهر المثل، لأنه ضمان متلف فكان الاعتبار بقيمته دون ما ملكه به كسائر الأعيان.

ولنا: أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة لـه بدليل ما لو قتلت نفسها أو ارتدت أو أرضعت من ينفسخ نكاحها بإرضاعه، فإنها لا تغـرم له شيئًا، وإنما الرجوع ههنا بما غرم فلا يرجع بغيره، ولأنه لو رجع بقيمة المتلف لرجع بمهر المثل كله، ولم يختص بالنصف، ولأن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا لزمهم نصف المسمى كذلك هـهنا.

19- مـسـألـة: (وإن أفسـدت نكاح نفسها بعـد الدخول لم يسقط مـهرها ويجب على زوجهـا، وإن أفسده غـيرها وجب مهـرها ولم يرجع به على أحد، ونص أحـمد على أنه يرجع بالمهر كله).

قال القاضى: وهو مذهب الشافعى، لأن المرأة تستحق المهر كله على زوجها فيرجع بما لزمه كنصف المهر فى غير المدخول بها، قال شيخنا: والصحيح إن شاء الله أنه لا يرجع على من أفسـده بعد الدخول بشىء، لأنه لم يقرر على الـزوج شيئًا ولم يلزمـه إياه فلم يرجع عليه بشىء كما لو أفسدت المرأة نكاح نفسـها، ولأنه لو ملك الرجوع بالصداق بعد الدخول لسقط إذا كانت المـرأة هى المفسدة للنكاح كـما قبل الدخول، ولأن خـروج البضع من ملك الزوج غير متقـوم على ما ذكرناه فيما مضى، وكذلك لا يجب مـهر المثل وإنما رجع الزوج بنصف المسمى قبل الدخول، لأنـها قررته عليه، وكذلك يسقط إذا كانت هى المفـسدة لنكاحها قبل الدخول ولم يوجد ذلك هـهنا، وهذ قول بعض أصحـاب الشافعى، ولأنه لو رجع بالمهر بعد الدخول لم يخل إما أن يكون رجوعه ببدل البضع الذى فوتته أو بالمهر الذى أداه: لا يجوز أن يكون ببدل البـضع، لأنه لو وجب بدله لوجب على الزوجة إذ فـات بفعلها أو بقـتلها ولكان الواجب لها مهر مثلها، ولا يجوز أن يجب لها بدل مـا أداه إليها، لذلك ولأنها ما أوجبته ولا لها أثر فى إيجابه ولا تقريره.

20- مسألة: (وإن أفسدت نكاح نفسها بعد الدخول لم يسقط مهرها).

قال شيخنا: لا نعلم بينهم خلافًا فى ذلك وأن الزوج لا يرجع عليها بشىء إذا كان أداه إليها ولا فى أنها إذا أفسدته قبل الدخول أنه يسقط وإنه يرجع عليها بما أعطاها.

21- مسألة: **(فإذا أرضعت امرأته الكبرى الصغرى فانفسخ نكاحها فعليه نصف مهر الصغرى يرجع به على الكبرى).**

ولا مهر للكبرى إن كان قبل الدخول، لأنها أفسدت نكاح نفسها وقد ذكرنا وجه ذلك إن كان المفسدة غيرهما.

22- مسألة: **(فلو دبت الصغرى إلى الكبرى وهى نائمة فارتضعت منها خمس رضعات انفسخ نكاح الكبيرة وحرمت على التأبيد، فإن دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها ولا مهر للصغيرة).**

لأنها فسخت نكاح نفسها، وعليه مهر الكبيرة يرجع به على الصغيرة عند أصحابنا ولا يرجع به على ما اخترناه، وإن لم يكن دخل بالكبيرة فعليه نصف صداقها يرجع به فى مال الصغيرة، لأنها فسخت نكاحها، وإن ارتضعت الصغيرة منها رضعتين وهى نائمة ثم انتبهت الكبيرة فأتمت لها ثلاث رضعات فقد حصل الفساد بفعليهما فيتسقط الواجب عليهما وعليه مهر الكبيرة وثلاثة أعشار مهر الصغيرة ويرجع به على الكبيرة، وإن لم يكن دخل بالكبيرة فعليه خمس مهرها يرجع به على الصغيرة، وهل ينفسخ نكاح الصغيرة؟ على روايتين.

فصل: وإن أرضعت بنت الكبيرة الصغيرة فالحكم فى التحريم والفسخ حكم ما لو أرضعتها الكبيرة، لأنها صارت جدتها، والرجوع بالصداق على المرضعة التى أفسدت النكاح، وإن أرضعتها أم الكبيرة انفسخ نكاحهما معًا، لأنهما صارتا أختين، فإن كان لم يدخل بالكبيرة فله أن ينكح من شاء منهما ويرجع على المرضعة بنصف صداقها، وإن كان دخل بالكبيرة فله نكاحها، لأن الصغيرة لا عدة عليها، وليس له نكاح الصغيرة حتى تنقضى عدة الكبيرة، لأنها قد صارت أختها فلا ينكحها فى عدتها، وكذلك الحكم إن أرضعتها جدة الكبيرة لأنها تصير عمة الكبيرة أو خالتها والجمع بينهما محرم، وكذلك إن أرضعتها أختها أو زوجة أخيها بلبنه، لأنها صارت بنت أخت الكبيرة أو بنت أخيه، وكذلك إن أرضعتها أختها أو بنت أختها ولا يحرم فى شىء من هذا واحدة منهن على التأبيد، لأنه تحريم جمع إلاَّ إذا أرضعتها بنت الكبيرة وقد دخل بأمها.

23- مسألة: **(وإذا كان لرجل خمس أمهات أولاد لهن منه لبن أرضعن امرأة صغرى كل واحدة منهن رضعة حرمت عليه فى أحد الوجهين).**

لأنها أرتضعت من لبنه خمس رضعات فكمل رضاعها من لبنه فصار أبًا لها كما لو

أرضعتهـا واحدة منهن، والوجه الثانى: لا يصير أبًا لها، لأنه رضـاع لم تثبت به الأمومة فلم تثبت به الأبوة كلبن البهيمة، ولا تحرم أمهات الأولاد، لأنه لم يثبت لهن أمومة.

فصل: فإن أرضعن طفلاً كذلك لم يصرن أمهات له وصار المولى أبًا له، وهذا قول ابن حامد، لأنـه ارتضع من لبنه خمس رضعات، وفـيه وجه آخر لا تثـبت الأبوة، لأنه رضاع لم يثبت الأمـومة فلم يثبت الأبوة كـالارتضاع بلبن الرجل، والأول أصح، لأن الأبوة إنمـا تثبت لكونه رضع من لبنه لا لكون المرضعة أمّا له، ولأصحـاب الشافعى وجهان كهذين، وإذا قلنا بثبوت الأبوة حرمت عليه المرضعات، لأنه ربيبهن وهن موطوءات أبيه.

فـصل: وإن كان لرجل خمس بنات فأرضعن طفلاً كل واحـدة رضعة لم يصرن أمهات له، وهل يصير الرجل جدّا له وأولاده أخوالاً له وخالات؟ على وجهين: **أحدهما:** يصير جدّا وأخوهن خـالاً، لأنه قد كمل للمـرتضع خمس رضعات من لبن بـناته فأشبه مـا لو كان من واحدة، **والآخـر:** لا يثبت ذلك، لأن كونه جدّا فرع كون ابنته أمّا وكونه خالاً فرع كون أخته أما ولـم يثبت فلا يثبت ذلك الفرع، وهذا الوجه يترجح فى هذه المسألة، لأن الفرعية متحققة بخلاف التى قبلها، فـإن قلنا يصير أخوهن خالاً لم تثبت الخـئولة فى حق واحدة منهن، لأنه لم يرتضع من لبن أخواتهـا خمس رضعات ولكن يحـتمل التحريم، لأنه قد اجـتمع من بنت المحرم رضعات، ولو كـمل للطفل خمس رضعات من أمه وأخته وابنتـه وزوجته وزوجة أبيه من كل واحدة رضعة خرج على الوجهين.

فـــصل: إذا كان لامـرأة لبن من زوج فأرضعت به طفـلاً ثلاث رضعات وانـقطع لبنها فتزوجت آخـر فصار لها منه لبن فأرضـعت منه الصبى رضعتـين صارت أمّا له بغـير خـلاف علمناه عند القائلين بأن الخـمس محرمات ولم يصر واحـد من الزوجين أبًا له، لأنه لم يكمل عدد الرضاع من لبنه ويحرم على الرجلين لكونه ربيبهما لا لكونه ولدهما.

24- مـسألة: (ولو كان له ثلاثة نسوة لهن لبن منه فأرضـعن امرأة له صغرى كل واحدة رضعتين لم تحرم المرضعات).

لأنه لم تكمل عـدد الرضعـات لكل واحدة منهن وهل تحـرم الصغـرى؟ على وجهـين: أصحهما تـحرم، لأنها ارتضعت من لبنه خمس رضعات وعليـه نصف مهرها يرجع به عليهن على قدر رضاعهن يقسم بينهن أخماسًا، لأن الرضـعات الخمس محرمة وقد وجد من الأولى رضعتان ومن الثـانية رضعتان والخامـسة وجدت من الثالثة فيجب علـى الأولى خمس مهرها وعلى الثانية خمس وعلى الثالثة عشر.

25- مـسألة: (فإن كان لرجل ثلاث بنات امرأة لهن لبن فـأرضعن ثلاث نسوة له صغار حرمت الكبيرة).

لأنها من جدات النساء وجدة الزوجة محرمة ولم ينفسخ نكاح الصغار، لأنهن لسن أخوات وإنما هن بنات خالات ولبن الربيبة لا يحرم إلا بالدخول بالأم وإن كان دخل بالأم حرم الصغار أيضًا، لأنهن ربائب مدخول بأمهن وإن لم يكن دخل بها فهل ينفسخ نكاح من كمل رضاعها أو لا؟ على روايتين بناء على ما إذا أرضعت زوجته الكبرى زوجته الصغرى فإن الكبرى تحرم، وهل ينفسخ نكاح الصغرى؟ على روايتين ذكرنا توجيههما فيما مضى.

26- **مسألة:** (**وإن أرضعن واحدة كل واحدة منهن رضعتين فهل تحرم الكبرى بذلك؟ على وجهين**).

أحدهما: تحرم، لأنها صارت جدة بكون الصغيرة قد كمل لها خمس رضعات من لبن بناتها، **والثاني:** لا تصير جدة ولا ينفسخ نكاحها، لأن كونها جدة فرع على كون ابنتها أمًا ولم تثبت الأمومة فما هو فرع عليها أولى أن لا يثبت وهذا أولى والله أعلم.

فصل: **إذا تزوج كبيرة ثم طلقها فأرضعت صغيرة بلبنه صارت بنتًا له، وإن أرضعتها بلبن غيره صارت ربيبته،** فإن كان قد دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة على التأبيد، وإن كان لم يدخل بها لم تحرم، لأنها ربيبة لم يدخل بأمها، وإن تزوج صغيرة ثم طلقها فأرضعت امرأة له حرمت المرضعة على التأبيد، لأنها من أمهات نسائه، وإن تزوج كبيرة وصغيرة ثم طلق الصغيرة فأرضعتها الكبيرة حرمت الكبيرة وانفسخ نكاحها، فإن كان لم يدخل بها فلا مهر لها وله نكاح الصغيرة، وإن كان دخل بها فلها مهرها وتحرم هي والصغيرة على التأبيد، وإن طلق الكبيرة وحدها قبل الرضاع فأرضعت الصغيرة ولم يكن دخل بالكبيرة ثبت نكاح الصغيرة، وإن كان دخل بها حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها ويرجع على الكبيرة بنصف صداقها، وإن طلقهما جميعًا فالحكم في التحريم على ما مضى.

فصل: **ولو تزوج رجل كبيرة وآخر صغيرة ثم طلقاهما ونكح كل واحد منهما زوجة الآخر ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة حرمت الكبيرة عليهما وانفسخ نكاحها** وإن كان زوج الصغيرة دخل بالكبيرة حرمت عليه وانفسخ نكاحها وإلا فلا.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: **إذا طلق امرأته ولها منه لبن فتزوجت بصبي فأرضعته بلبنه انفسخ نكاحها منه** لأنها صارت أمه من الرضاع وحرمت عليه، وإن تزوجت بآخر ودخل بها ومات عنها لم يجز أن يتزوجها الأول، لأنها صارت من حلائل الأبناء لما أرضعت الصبي الذي تزوجت به.

27- **مسألة:** (**ولو تزوجت الصبي أولاً ثم فسخت نكاحه لعيب ثم تزوجت كبيرًا فصار لها منه لبن فأرضعت به الصبي حرمت عليهما على الأبد على الزوج الثاني، لأنها صارت من حلائل أبنائه، وعلى الصبي، لأنها صارت أمه**)

فصل: وإن أفسد النكاح جماعة تقسط المهر عليهم، فلو جاء خمس فسقين زوجة صغيرة من لبَن أم الزوج خمس مرات انفسخ نكاحها ولزمهن نصف مهرها بينهن فإن سقتها واحدة شربتين وأخرى ثلاثًا فعلى الأولى الخمس وعلى الثانية خمس وعشر، وإن سقتها واحدة شربتين وسقاها ثلاث ثلاث شربات فعلى الأولى الخمس وعلى كل واحدة من الثلاث عشر، وإن كان له ثلاث نسوة كبار وواحدة صغيرة فأرضعت كل واحدة من الثلاث الصغيرة أربع رضعات ثم حلبن فى إناء وسقينه الصغيرة حرم الكبار وانفسخ نكاحهن فإن لم يكن دخل بهن فنكاح الصغيرة ثابت على إحدى الروايتين وعليه لكل واحدة منهن ثلث صداقها ترجع به على ضرتيها، لأن فساد نكاحها حصل بفعلها وفعلهما فسقط ما قابل فعلها وهو سدس الصداق وبقى عليه الثلث، فرجع به على ضرتيها فإن كان صداقهن متساويًا سقط ولم يجب شىء لأنه يتقاص مالها على الزوج بما يرجع به عليها إذ لا فائدة فى أن يجب لها عليه ما يرجع به عليها، وإن كان مختلفًا وهو من جنس واحد تقاصا منه بقدر أقلهما ووجبت الفضلة به لصاحبها، وإن كان من أجناس ثبت التراجع على ما ذكرنا، وإن كان قد دخل بإحدى الكبار حرمت الصغيرة أيضًا وانفسخ نكاحها ووجب لها نصف صداقها ترجع به عليهن أثلاثًا وللتى

فصل: ولو زوج رجل أم ولده أو أمته بصبى مملوك فأرضعته بلبن سيدها خمس رضعات انفسخ نكاحه وحرمت على سيدها على التأبيد، لأنها صارت من حلائل أبنائه، فإن كان الصبى حرًا لم يتصور هذا الفرع عندنا، لأنه لا يصح نكاحه، لأن من شرط نكاح الحر للأمة خوف العنت ولا يوجد ذلك فى الطفل، فإن تزوج بها كان النكاح فاسدًا، وإن أرضعته لم تحرم على سيدها، لأنه ليس بزوج فى الحقيقة.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: **فإن أفسد النكاح جماعة يسقط المهر عليهم فلو جاء** خمس فسقين زوجة صغيرة من لبن أم الزوج خمس مرات انفسخ نكاحها ولزمهن نصف مهرها بينهن، فإن سقتها واحدة شربتين وأخرى ثلاثًا فعلى الأولى الخمس وعلى الثانية خمس وعشر، وإن سقاها واحدة شربتين وسقاها ثلاث شربات فعلى الأولى الخمس وعلى كل واحدة من الثلاث عشر وإن كان له ثلاث نسوة كبار وواحدة صغيرة فأرضعت كل واحدة من الثلاث الصغيرة أربع رضعات ثم حلبن فى إناء وسقينه الصغيرة حرم الكبار وانفسخ نكاحهن، فإن لم يكن دخل بهن فنكاح الصغيرة ثابت على إحدى الروايتين، وعليه لكل واحدة منهن ثلث صداقها ترجع به على ضرتيها، لأن فساد نكاحها حصل بفعلها وفعلهما فسقط ما قابل فعلها وهو سدس الصداق وبقى عليه الثلث فرجع به على ضرتيها، فإن كان صداقهن متساويًا سقط ولم يجب شىء، لأنه يتقاص ما لها على الزوج بما يرجع به عليها إذ لا فائدة فى أن يجب لها عليه ما يرجع به عليها، وإن كان مختلفًا وهو من جنس واحد تقاص منه بقدر أقلهما ووجبت الفضلة لصاحبها، وإن كان من أجناس ثبت التراجع على ما ذكرنا، وإن كان قد دخل

دخل بهـا المهر كـاملاً وفى الرجـوع به ما أسلفنـاه من الخلاف، وإن حلبن فى إناء فـسقـتـه إحداهن الصغيـرة خمس مرات كان صداق ضراتها يرجع به عليهـا إن كان قبل الدخول بهن، لأنها أفسدت نكاحهن ويسقط مهـرها إن لم يكن دخل بها، وإن كان دخل بها فلها مهرها ولا ترجع به على أحد، وإن كانت كل واحـدة من الكبار أرضعت الصغيرة خـمس رضعات حَرُمَ الثلاث، فـإن كان لم يدخل بهن فلا مـهر لهن عليـه، وإن كان دخل بهن فعليـه لكل واحدة مهرها لا يرجع به على أحد وتحرم الصغيرة ويرجع بما لزمه من صداقها على المرضعة الأولى لأنها التى حرّمتها عليه وفسخت نكاحها، ولو أرضع الثلاث الصغيرة بلبن الزوج فأرضعتها كل واحدة رضعتين صارت بنتًا لزوجها فى الصحيح وينفسخ نكاحها ويرجع بنصف صداقها عليهن على المرضعتين الأوليـين منه أربعة أخماسه وعلى الثالثة خُمُسُهُ، لأن رضـعتها الأولى حصل بها التحـريم لكمال الخَمْس بها والثانيـة لا أثر لها فى التحريم فلم يجب عليـها بها شىء ولا ينفسخ نكاح الأكابر، لأنهن لم يصـرن أمهات لها، ولو كان لامرأته الكبـيرة خمس بنات لهن لبن فأرضعن امرأته الصغيرة رضاعًا تصير به إحداهن أمّا لها لحرمت أمها وانفسخ نكاحها وهل ينفسخ نكاح الصغيرة؟ على روايتين، وإن أرضعت كل واحدة منهـن الصغيرة رضعة فالصحيح أن الكبيرة لا تحرُم بهذا، لأن كونها جَدَّة يبنى على كون ابنتها أمّا وما صارت واحدة من بناتها أمًا ويحتمل أن تحرم لأنه قد كمل لها من بناتهـا خمس رضعات، وكذلك الحكم لو أرضعتها بنتها رضعة وبنت ابنها رضعة وبنات بناتـها ثلاث رضعات، ولو كمل لها من زوجته بلبنه ومن أمِّه وأخته وابنته وابنة ابنه خمس رضعات فعلى الوجهين **أصحهـما**: لا يثبت تحريمها **وفـى الآخــر** يثبت، فعلى هذا الوجه ينفسخ نكاحها ويرجع عليـهن بما غرم من صداقها على قدر رضاعـهن، **فإن قـيل**: فلم لا يرجع عليهن على عدد رءوسهن لكون الرضاع مـفسدًا فيستوى

بإحدى الكبار حرمت الصغيرة أيضًا وانفسخ نكاحها ووجب لها نصف صدقها ترجع به عليهن أثلاثًا، وللتى دخل بها المهر كاملاً وفى الرجوع به ما أسلفناه من الخلاف، وإن حلبن فى إناء فسقته إحداهــن الصغيرة خمس مرات كان صداق ضراتها يرجع به عليـها إن كان قبل الدخول بهن، لأنها أفـسدت نكاحهن، ويسقط مـهرها إن لم يكن دخل بها، وإن كان دخل بهـا فلها مهـرها لا يرجع به على أحـد، وإن كانت كل واحـدة من الكبار أرضـعت الصغـيرة خـمس رضعات حـرم الثلاث، فإن كان لم يدخل بهن فـلا مهر لهن عليه، وإن كان دخـل بهن فعليه لكل واحدة مهـرها لا يرجع به على أحد وتحرم الصغـيرة ويرجع بما لزمه من صـداقها على المرضعة الأولى، لأنها التى حرمتها عليـه وفسخت نكاحها، ولو أرضع الثلاث الصغيرة بلبن الزوج فأرضعتها كل واحدة رضعتين صـارت بنتًا لزوجها فى الصحيح وينفسخ نكاحها وترجع بنصف صداقهـا عليهن على المرضعـتين، الأولتين أربعة أخمـاسه وعلى الثالثة خـمسه، لأن رضعـتها الأولى هى التى حصل بـها التحريم والثـانية لا أثر لها، ولا ينفـسخ نكاح الأكابر،

قليله وكثيره كما لو طرح النجاسة جماعة فى مائع فى حالة واحدة؟ قلنا: لأن التحريم يتعلق بعدد الرضعات فكان الضمان متعلقًا بالعدد بخلاف النجاسة، فإن التنجيس لا يتعلق بقدر فيستوى قليله وكثيره ليكون القليل والكثير سواء فى الإفساد فنظير ذلك أن يشرب فى الرضعة من إحداهما أكثر مما يشرب من الأخرى.

فصل: إذا كانت له زوجة أمة فأرضعت امرأته الصغيرة فحرَّمتها عليه وفسخت نكاحها كان ما لزمه من صداق الصغيرة له فى رقبة الأمة لأن ذلك من جنايتها، وإن أرضعتها أم ولده أفسدت نكاحها وحَرَّمتها عليه، لأنها ربيبة دخل بأمها وتحرم أم الولد عليه أبدًا، لأنها من أمهات نسائه ولا غرامة عليها، لأنها أفسدت على سيدها، فإن كان قد كاتبها رجع عليها، لأن المكاتبة يلزمها أرش جنايتها وإن أرضعت أم ولده امرأة ابنه بلبنه فسخت نكاحها وحرَّمتها عليه لأنها صارت أخته، وإن أرضعت زوجة أبيه بلبنه حرمتها عليه لأنها صارت بنت ابنه ويرجع الأب على ابنه بأقل الأمرين مما غرمه لزوجته أو قيمتها، لأن ذلك من جناية أم ولده، وإن أرضعت واحدة منهما بغير لبن سيدها لم تحرمها، لأن كل واحدة منهما صارت بنت أم ولده.

١٣٧٤- **مسألة:** قال: (ولو تزوج بكبيرة وصغيرتين فأرضعت الكبيرة الصغيرتين حرمت عليه الكبيرة وانفسخ نكاح الصغيرتين ولا مهر عليه للكبيرة ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين وله أن ينكح من شاء منهما).

أما تحريم الكبيرة فلأنها صارت من أمهات النساء، وأما انفساخ نكاح الصغيرتين فلأنهما

لأنهن لم يصرن أمهات لها، فإن قيل: فلم لا ترجع به عليهن على عددهن لكون الرضاع مفسدًا فيستوى قليله وكثيره كما لو طرح الجماعة نجاسة فى مائع فى حالة واحدة؟ قلنا: لأن التحريم يتعلق بعدد الرضعات فكان الضمان متعلقًا بالعدد بخلاف النجاسة فإن التنجيس لا يتعلق بقدر فيستوى قليله وكثيره لكون الكثير والقليل سواء فى الإفساد فنظير ذلك أن يشرب فى الرضعة من إحداهما أكثر ما يشرب من الأخرى.

فصل: وإن كانت له زوجة أمة فأرضعت امرأته الصغيرة فحرمتها عليه وفسخت نكاحها كان ما لزمه من صداق الصغيرة له فى رقبة الأمة، لأن ذلك من جنايتها، وإن أرضعتها أم ولده أفسدت نكاحها وحرمتها عليه لأنها ربيبته دخل بأمها وتحرم أم الولد عليه أبدًا لأنها من أمهات نسائه ولا غرامة عليها، لأنها أفسدت على سيدها وإن كانت مكاتبته رجع عليها، لأن المكاتبة يلزمها أرش جنايتها، وإن أرضعت أم ولده امرأة بنه بلبنه فسخت نكاحها وحرمتها عليه، لأنها صارت أخته، وإن أرضعت زوجة أبيه بلبنه حرمتها عليه، لأنها صارت بنت ابنه ويرجع الأب على ابنه بأقل الأمرين مما غرمه لزوجته أو قيمتها، لأن ذلك من جناية أم ولده، وإن أرضعت واحدة منهما بغير لبن سيدها لم تحرمها، لأن كل واحدة منهما صارت بنت أم ولده.

فصل: قال ﷺ: إذا شك فى الرضاع أو عدده بنى على اليقين فلم يحرم، لأن الأصل

صارتا أختين واجتمعتا فى الزوجية فينفسخ نكاحهما كما لو أرضعتا معًا ولا مهر للكبيرة لأن الفساد جاء من قبلها ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين، لأنها أفسدت نكاحهما، وله أن ينكح من شاء منهما، لأن انفساخ نكاحهما للجمع ولا يوجب تحريمًا مؤبدًا، وهذا على الرواية التى قلنا إنها إذا أرضعت الصغيرة اختص الفسخ بالكبيرة، فأما على الرواية التى تقول ينفسخ نكاحهما معًا فإنه يثبت نكاح الأخيرة من الصغيرتين لأن الكبيرة لما أرضعت الأولى انفسخ نكاحهما ثم أرضعت الأخرى فلم تجتمع معهما فى النكاح فلم ينفسخ نكاحها، فأما إن كان دخل بالكبيرة حرمت وحرمت الصغيرتان على التأبيد لأنهما ربيبتان قد دخل بأمهما.

فصل: فإن أرضعت الصغيرتين أجنبية انفسخ نكاحهما أيضًا، وهذا قول أبى حنيفة والمُزَنِىِّ وأحد قولى الشافعى، وقال فى الآخر: ينفسخ نكاح الآخرة وحدها، لأن سبب البطلان حصل بها وهو الجمع فأشبه ما لو تزوج إحدى الأختين بعد الأخرى.

ولنا: أنه جامع بين الأختين فى النكاح فانفسخ نكاحهما كما لو أرضعتهما معًا وفارق ما لو عقد على واحدة بعد الأخرى فإن عقد الثانية لم يصح فلم يصر به جامعًا بينهما وههنا حصل الجمع برضاع الثانية ولا يمكن القول بأنه لم يصح فحصلتا معًا فى نكاحه وهما أختان لا محالة.

فصل: وإن أرضعتهما بنت الكبيرة فالحكم فى الفسخ كما لو أرضعته الكبيرة نفسها، لأن الكبيرة تصير جدة لهما ولكن الرجوع يكون على المرضعة المفسدة لنكاحهن.

١٣٧٥- **مسألة:** قال: (وإن كنَّ الأصاغر ثلاثًا فأرضعتهن منفردات حَرُمَت الكبيرة وانفسخ نكاح المرضعتين أولاً وثبت نكاح آخرهن رضاعًا، فإن أرضعت إحداهن منفردة واثنتين بعد ذلك معًا حَرُمَت الكبيرة وانفسخ نكاح الأصاغر وتزوج من شاء من الأصاغر وإن كان دخل بالكبيرة حَرُمَ الكل عليه على الأبد).

إنما حرمت الكبيرة، لأنها صارت من أمهات النساء وانفسخ نكاح المرضعتين أولاً، لأنهما صارتا أختين فى نكاحه وثبت نكاح الأخيرة، لأن رضاعها بعد انفساخ نكاح الصغيرتين اللتين قبلها فلم يصادف إخوتها جميعًا فى النكاح، وإن أرضعت إحداهن منفردة واثنتين بعد ذلك معًا بأن تلقم كل واحدة منهما ثديًا فيمتصان معًا أو تحلب من لبنها فى إناء فتسقيهما انفسخ نكاح الجميع، لأنهن صرن أخوات فى نكاحه وله أن يتزوج من شاء من الأصاغر لأن تحريمهن تحريم جمع لا تحريم تأبيد، فإنهن ربائب لم يدخل بأمهن، وإن دخل بالكبيرة حرم الكل على الأبد، لأنهن ربائب مدخول بأمهن، هذا على الرواية الأولى، وعلى الأخرى لما أرضعت الأولى انفسخ نكاحها ونكاح الكبيرة لأنها صارت أمها واجتمعتا فى نكاحه ثم

عدم الرضاع فى المسألة الأولى وعدم وجود الرضاع المحرم فى الثانية فهو كما لو شك فى وجود الطلاق أو عدده.

ارتضعت الثانية فلم ينفسخ نكاحها، لأنها منفردة بالرضاع فى النكاح فلما أرضعت الثالثة صارتا أختين فانفسخ نكاحهما.

فصل: فإن أرضعتهن بنت الكبيرة فهو كما لو أرضعتهن أمها، ولو كان لها ثلاث بنات فأرضعت كل واحدة منهن زوجة من الأصاغر حرمت الكبيرة بإرضاع أولاهن ويرجع على مرضعتها بما لزمه من مهرها، لأنها أفسدت نكاحها ولا ينفسخ نكاح الأصاغر، لأنهن لم يصرن أخوات وإنما هن بنات خالات، وعلى الرواية الأخرى ينفسخ نكاح المرضعة الأولى لاجتماعها مع جدتها فى النكاح ويثبت نكاح الأخيرتين ويرجع بما لزمه من مهر التى فسد نكاحها على التى أرضعتها، وإن كان دخل بالكبيرة حرم الكل عليه على الأبد ورجع على كل واحدة بما لزمه من مهر التى أرضعتها، وإن قلنا: إنه يرجع بمهر الكبيرة رجع به على المرضعة الأولى لأنها التى أفسدت نكاحها.

١٣٧٦- **مسألة:** قال: **(وإذا شهدت امرأة واحدة على الرضاع حرم النكاح إذا كانت مرضية وقد روى عن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى: إن كانت مرضية استحلفت، فإن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها وذهب فى ذلك إلى قول ابن عباس ﵄)**.

وجملة ذلك أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة فى الرضاع إذا كانت مرضية، وبهذا قال طاوس والزهرى والأوزاعى وابن أبى ذئب وسعيد بن عبد العزيز، وعن أحمد رواية أخرى لا يقبل إلا شهادة امرأتين وهو قول الحكم، لأن الرجال أولى من النساء ولا يقبل إلا شهادة رجلين فالنساء أولى، وعن أحمد رواية ثالثة: أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة وتستحلف مع شهادتها وهو قول ابن عباس وإسحاق، لأن ابن عباس قال فى امرأة زعمت أنها أرضعت رجلاً وأهله فقال: «إن كانت مَرْضِيَّة استحلفت وفارق امرأته، وقال إن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تَبْيَضَّ ثدياها»(٢٥) يعنى يصيبها فيها برص عقوبة على كذبها، وهذا لا يقتضيه قياس ولا

28- **مسألة: (وإن شهدت به امرأة مرضية ثبت بشهادتها وعنه أنها إن كانت مرضية استحلفت فإن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها وذهب فيه إلى قول ابن عباس)**.

وجملة ذلك: أن الرضاع إذا شهدت به امرأة مرضعة حرم النكاح وثبت الرضاع بشهادتها، وعنه رواية أخرى كالتى ذكرناها عن ابن عباس فإن ابن عباس قال في امرأة زعمت أنها أرضعت رجلاً وأهله قال: إن كانت مرضية استحلفت وفارق أهله، وقال: إن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها أى يصيبها فيهما برص عقوبة على كذبها وهذا لا يقتضيه القياس ولا يهتدى إليه رأى فالظاهر أنه لا يقوله إلا توقيفًا، وممن ذهب إلى أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة فى الرضاع إذا كانت مرضية: طاوس والزهرى والأوزاعى وابن أبى ذئب وسعيد بن عبد العزيز، وعن أحمد رواية أخرى: لا تقبل إلا شهادة امرأتين، وهو قول

---

(٢٥) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٧/ ١٣٩٧١/ ٤٨٢).

يهتـدى إليه رأى فالظاهر أنه لا يقوله إلا تـوقيفًا، وقـال عطاء وقتادة والشافـعى: لا يقبل من النساء أقل من أربع، لأن كل امرأتين كرجل، وقال أصحاب الرأى: لا يقبل فيه إلا رجلان أو رجل وامرأتان وروى ذلك عن عمر لقول الله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ (البقرة: ٢٨٢).

ولنا: ما روى عقبة بن الحارث قـال: تزوَّجت أم يحيى بنت أبى إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت: قد أرضعـتكما فأتيت النبى فذكرت ذلك له فقال: «وكيـف وقد زعمت ذلك؟» متفق عليـه[٢٦]، وفى لفظ رواه النسائى قال: «فأتيته من قبل وجـهه فقلت: إنها كاذبة قال: كيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما؟ خل سبيلها»[٢٧] وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة.

وقال الزهرى: فُرِّقَ بين أهل أبيات فى زمن عثمـان رضي الله عنه بشهادة امرأة فى الرضاع، وقال الأوزاعى: فَرَّق عثمان بين أربعة وبين نـسائهم بشهادة امرأة فى الرضاع[٢٨]، وقال الشـعبى: كانت القُضاة تفرق[٢٩] بين الرجل والمرأة بشهادة امرأة واحدة فى الرضاع، ولأن هذا شهادة على عورة فقبل فيها شهادة النساء المنفردات كالولادة، وعلى الشافعى بأنه معنى يقبل فيه قول النساء المنفردات فقبل فيه شهادة المرأة المنفردة كالخبر.

الحكم، لأن الرجال أكمل من النسـاء ولا تقبل إلا شهادة رجلين، فـالنساء أولى، وقال عطاء والشافعى: لا يقبل من النساء أقل من أربع، لأن كل امرأتين كرجل، وقال أصحاب الرأى: لا يقبل فيه إلا رجلان أو رجل وامرأتان، وروى ذلك عن وعمر لقول الله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ (البقرة: ٢٨٢).

ولنا: ما روى عقبة بن الحارث قـال: تزوجت أم يحيى بنت أبى إهاب فجاءت أمة سوداء فقـالت: قد أرضـعتكمـا، فأتينا الـنبى ﷺ فذكـرت ذلك له فقـال: «وكيف وقد زعـمت ذلك؟»[13] متفق عليه، وفى لفظ رواه النسائى قال: فأتيته من قبل وجهه فقلت: إنها كاذبة، فقال: «وكيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما؟ خل سبيلها»[14] وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة، وقـال الزهرى: فرق بين أهل أبيات فى زمن عثـمان بشهادة امـرأة فى الرضاع[15]، وقال الشعبى: كـان القضاة يفرقون بين الرجل والمرأة بشهـادة امرأة واحدة فى الرضاع، ولأن هذه شهادة على عورة فتقبل فيه شهـادة المنفردات كالولادة، وعلى الشافعى أنه معنى يقبل فيه قول النساء المنفردات فيقبل فيه امرأة منفردة كالخبر.

(٢٦) تقدم تخريجه برقم (٥) من كتاب «الرضاع».

(٢٧) أخرجه النسائى فى كتاب «النكاح» (٦/ ١٠٩/ ٤١٨) وإسناده صحيح.

(٢٨) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٧/ ٤٨٢) عن الزهرى وفيه «أهل أبيات».

(٢٩) وفى نسخة: «يفرقون».

(13) تقدم برقم (8).

(14) أخرجه النسائى فى «سننه» (٦/ ١٠٩) وإسناده صحيح.

(15) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٧/ ٤٨٢) عن الزهرى.

فـصل: ويقبل فيه شهادة المرضـعة على فعل نفسها، لما ذكرنا من حديث عقبة من أن الأمة السوداء قالت قد أرضعتكما فقبل النبى ﷺ شهادتها، ولأنه فعل لا يحصل لها به نفع مقصود ولا تدفع عنها به ضرراً فقبلت شهادتها به كفعل غيرها، فإن قيل: فإنها تستبيح الخلوة به والسفر معه وتصير محرمًا له، قلنا: ليس هذا من الأمور المقصودة التى تُرَدُّ بها الشهادة، ألا ترى أن رجلين لو شهدا أن فلانًا طلق زوجته وأعتق أمته قبل شهادتهما وإن كان يحل لهما نكاحهما بذلك.

فصل: ولا تقبل الشهادة على الرضاع إلا مُفَسَّرة، فلو قالت: أشهد أن هذا ابن هذه من الرضاع لا تقبل، لأن الرضـاع المحرم يختلف الناس فيـه، منهم من يُحَرِّم بالقليل ومنهم من يُحَرِّم بعد الحولين فلزم الشـاهد تبيين كيفيته ليـحكم الحاكم فيه باجتهاده فيـحتاج الشاهد أن يشهد أن هذا ارتضع من ثدى هذه خـمس رضعات متفرقات خلص اللبن فـيهن إلى جوفه في الحولين، فإن قيل: خلوص اللبن إلى جوفه لا طريق له إلى مشاهدته، فكيف تجوز الشهادة؟ قلـنا: إذا علم أن هذه المرأة ذات لبن ورأى الصبى قد التقم ثديهـا وحرك فمه فى الامتصاص وحلقه فى الاجـتراع حصل ظن يقـرب إلى اليقين أن اللبن قـد وصل إلى جوفه، وما يتـعذر الوقوف عليه بالمشاهدة اكتفى فيـه بالظاهرة كالشهادة بالملك وثبوت الدين فى الذمة والشهادة على النسب بالاستفاضة.

ولو قال الشاهد: ادخل رأسه تحت ثيابها والـتقم ثديها لا يقبل، لأنه قد يدخل رأسه ولا يأخذ الثدى وقد يأخذ الثدى ولا يمص فلا بـد من ذكر ما يدل عليه، وإن قال: أشهد أن هذه أرضعت هذا فالظاهر أنه يكتفى فى ثبوت أصل الرضاع، لأن المرأة التى قالت: قد أرضعتكما اكتفى بقولها.

١٣٧٧- **مـسألة:** قـال: **(وإذا تزوج امرأة ثم قال قبل الدخـول هى أختى من الرضاعة انفسخ النكاح فإن صدقته المرأة فلا مهر لها، وإن كذبته فلها نصف المهر)**.

فـصل: وتقبل فيه شهادة المرضـعة على فعل نفسها لما ذكرنا من حـديث عقبة من أن الأمة السوداء قالت: قد أرضعتكما، فـقبل النبى ﷺ شهادتها، ولأنه فعل لا يحصل لها به نفع مقصود ولا يدفع عنها به ضرراً فقـبلت شهادتها كفعل غيرها، فـإن قـيل: فإنها تسـتبيح الخلوة به والسفر معه وتصـير محرمًا له، قـلنـا: ليس هذا من الأمور المقـصودة التى ترد بها الشهادة، ألا ترى أن رجلين لو شهـدا أن فلانًا طلق زوجته أو أعتق أمته قبلت شـهادتهما وإن حل لهما نكاحها بذلك.

29- **مـسـألة:** **(وإن تزوج امرأة ثم قـال قبل الدخـول: هى أختى من الرضـاع، انفسخ النكاح، فإن صدقته فلا مهر لها وإن كذبته فلها نصف المهر)**.

وجملته: أن الزوج إذا أقر أن زوجته أخته من الرضاعة انفسخ نكاحه ويفرق بينهما، وبهذا

وجملته أن الزوج إذا أقر أن زوجته أخته من الرضاعة انفسخ نكاحه ويفرق بينهما، وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة: إذا قال: وهمت أو أخطأت قُبِلَ قوله، لأن قوله ذلك يتضمن أنه لم يكن بينهما نكاح، ولو جحد النكاح ثم أقر به قبل كذلك ههنا.

ولنا: أنه أقر بما يتضمن تحريمها عليه فلم يقبل رجوعه عنه كما لو أقر بالطلاق ثم رجع أو أقر أن أمته أختـه من النسب، وما قاسوا عليه غير مسلم وهذا الكلام فى الحكم فـأما فيما بينه وبين ربه فينبنى ذلك على علمه بصدقه، فإن علم أن الأمر كـما قال فهى محرمة عليه ولا نكاح بينهما، وإن علم كذب نفسه فالنكاح باق بحاله وقوله كذب لا يحرمها عليه لأن المحرم حقـيقة الرضاع لا القـول، وإن شك فى ذلك لم تزل عن اليقين بالشك وقـيل فى حلها له إذا علم كذب نفسه روايتان والصحيح ما قلناه، لأن قـوله ذلك إذا كان كذبًا لم يثبت التحريم كما لو قال لها وهى أكبر منه: هى ابنتى من الرضاعة.

إذا ثبت هذا فإنه إن كـان قبل الدخول وصدقـته المرأة فـلا شىء لها، لأنهما اتفـقا على نكاح فاسد من أصـله لا يستحق فيه مـهر، فأشبـه ما لو ثبت ذلك ببينة، وإن أكذبتـه فالقول قولهـا، لأن قوله غير مـقبول عليـها فى إسقاط حـقوقها فـلزمه إقراره فيـما هو حق له وهو تحريمها عليه وفسخ نكاحه ولم يقبل قوله فيما عليه من المهر.

قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: إذا قال: وهمت أو أخطأت، قُبِلَ قوله، لأن قوله ذلك يتضمن أنه لم يكن بينهما نكاح، ولو جحد النكاح ثم أقر به قبل كذلك ههنا.

ولنا: أنه أقر بما يتضمن تحريمها عليه فلم يقبل رجوعه عنه كما لو أقر بالطلاق ثم رجع أو أقر أن أمتـه أخته من النسب، وما قاسـوا عليه ممنوع، وهذا الكلام فى الحكم، فأما فـيما بينه وبين الله تعالى فـينبنى ذلك على علمه بصدقه، فإن علم أن الأمـر كما قال فهى مـحرمة عليه ولا نكاح بينهما، وإن علم كذب نفسه فالنكاح باق بحاله، وقوله كذب لا يحرمها عليه، لأن المحرم حقيقة الرضـاع لا القول، وإن شك فى ذلك لم يزل عن اليقين بالشك، وقيل فى حلها له: إذا علم كـذب نفسه روايتـان، والصحيـح ما قلناه، لأن قوله ذلك إذا كـان كذبًا لم يثبت التحريم كما لو قال لها وهى أكبر منه: هى ابنتى من الرضاعة، إذا ثبت هذا فإنه إن كان قبل الدخـول وصدقتـه المرأة فلا شىء لها، لأنـهما اتفقـا على أن النكاح باطل من أصله لا تستحق فيه مهـرًا فأشبه ما لو ثبت ذلك ببينة، وإن أكذبته فالقول قولها، لأن قـوله غير مقبول عليها فى إسقاط حقوقها فلزمه إقراره فيما هو حق له وهو يحرمها عليه وفسخ نكاحه ولم يقبل قوله فيما عليه من المهر.

فـصـل: وإن قال ذلك بعد الدخول انفسخ النكاح لمـا ذكرنا ولها المهر بكل حال، لأن المهر يستقر بالدخول.

فصل: فإن قال: هي عمتي أو خالتي أو ابنة أخي أو أختي أو أمي من الرضاع وأمكن صدقه فالحكم فيه كما لو قال: هي أختي، وإن لم يمكن صدقه مثل أن يقول لأصغر منه أو لمثله: هي أمي، أو لأكبر منه أو لمثله: هذه ابنتي لم تحرم عليه، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو يوسف ومحمد: تحرم عليه، لأنه أَقَرَّ بما يحرمها عليه فوجب أن يقبل كما لو أمكن.

ولنا: أنه أقر بما تحقق كذبه فيه فأشبه ما لو قال: أرضعتني وإياها حواء، أو كما لو قال: هذه حواء، وما ذكروه منتقض بهذه الصور ويفارق ما إذا أمكن فإنه لا يتحقق كذبه والحكم في الإقرار بقرابة من النسب تحرمها عليه كالحكم في الإقرار بالرضاع، لأنه في معناه.

فصل: إذا ادعى أن زوجته أخته من الرضاع فأنكرته فشهدت بذلك أمه أو ابنته لم تقبل شهادتهما، لأن شهادة الوالدة لولدها والوالد لولده غير مقبولة، وإن شهدت بذلك أمها أو ابنتها قبلت، وعنه لا يقبل بناء على شهادة الوالد على ولده والولد على والده، وفي ذلك روايتان، وإن ادعت ذلك المرأة وأنكره الزوج فشهدت لها أمها أو ابنتها لم تقبل وإن شهدت لها أم الزوج أو ابنته فعلى روايتين.

١٣٧٨- **مسألة:** قال: (**وإن كانت المرأة هي التي قالت هو أخي من الرضاعة فأكذبها ولم تأت بالبينة على ما وصفت فهي زوجته في الحكم**).

وجملته أن المرأة إذا أقرت أن زوجها أخوها من الرضاعة فأكذبها لم يقبل قولها في فسخ

فصل: وإن قال: هي عمتي أو خالتي أو ابنة أخي أو أختي أو أمي من الرضاع وأمكن صدقه فالحكم فيه كما لو قال: هي أختي، وإن لم يمكن صدقه مثل أن يقول لمن هي مثله: هذه أمي، أو لأكبر منه، أو لمثله: هذه ابنتي، لم تحرم عليه، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو يوسف ومحمد: تحرم عليه، لأنه أقر بما يحرمها فقبل كما لو أمكن.

ولنا: أنه أقر بما يتحقق كذبه فأشبه ما لو قال: أرضعتني وإياها حواء، أو كما قال: هذه حواء، وما ذكروه منتقض بهذه الصور، ويفارق ما إذا أمكن فإنه لا يتحقق كذبه والحكم في الإقرار بقرابة من النسب تحرمها عليه كالحكم في الإقرار بالرضاع، لأنه في معناه.

فصل: إذا ادعى أن زوجته أخته من الرضاع فأنكرته فشهدت بذلك أمه أو بنته لم تقبل شهادتهما، لأن شهادة الوالد لولده والولد لوالده لا تقبل، وإن شهدت بذلك أمها أو ابنتها قبلت، وعنه لا تقبل بناء على شهادة الوالد على ولده والولد على والده وهي مقبولة في أصح الروايتين، وإن ادعت ذلك المرأة وأنكرها الزوج فشهدت لها أمها أو ابنتها لم تقبل، وإن شهدت لها أم الزوج أو ابنته قبل في أصح الروايتين.

30- **مسألة:** (**وإن كانت هي التي قالت: هو أخي من الرضاع وأكذبها فهي زوجته في الحكم، لأنه لا يقبل قولها في فسخ النكاح**).

لأنه حق عليها، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها، لأنها تقر بأنها لا تستحقه، وإن كانت

النكاح لأنه حق عليها، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها، لأنها تقر بأنها لا تستحقه، فإن كانت قد قبضته لم يكن للزوج أخذه منها، لأنه يقر بأنه حق لها، وإن كان بعد الدخول فأقرت أنها كانت عالمة بأنها أخته وبتحريمها عليه ومطاوعة له فى الوطء فلا مهر لها أيضًا لإقرارها بأنها زانية مطاوعة، وإن أنكرت شيئًا من ذلك فلها المهر، لأنه وطء بشبهة وهى زوجته فى ظاهر الحكم، لأن قولها عليها غير مقبول، فأما فيما بينها وبين الله تعالى، فإن علمت صحة ما أقرت به لم يحل لها مساكنته وتمكينه من وطئها وعليها أن تفر منه وتفتدى نفسها بما أمكنها، لأن وطأه لها زنا فعليها التخلص منه مهما أمكنها كما قلنا فى التى علمت أن زوجها طلقها ثلاثًا وجحدها ذلك، وينبغى أن يكون الواجب لها من المهر بعد الدخول أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل، لأنه إن كان المسمى أقل فلا يقبل قولها فى وجوب زائد عليه، وإن كان الأقل مهر المثل لم تستحق أكثر منه لاعترافها بأن استحقاقها له بوطئها لا بالعقد فلا تستحق أكثر منه، وإن كان إقرارها بأخُوَّته قبل النكاح لم يجز لها نكاحه، ولا يقبل رجوعها عن إقرارها فى ظاهر الحكم، لأن إقرارها لم يصادف زوجية عليها يبطلها فقبل إقرارها على نفسها بتحريمه عليها، وكذلك لو أقر الرجل أن هذه أخته من الرضاع أو محرمة عليه برضاع

قد قبضته لم يكن للزوج أخذه منها، لأنه يقر بأنه حق لها، وإن كان بعد الدخول فأقرت أنها كانت عالمة بأنها أخته وبتحريمها عليه وطاوعته فى الوطء فلا مهر لها أيضًا لإقرارها بأنها زانية مطاوعة، وإن أنكرت شيئًا من ذلك فلها المهر، لأنه وطء بشبهة وهى زوجته فى ظاهر الحكم، لأن قولها غير مقبول، فأما فيما بينها وبين الله تعالى، فإن علمت صحة ما أقرت به لم يحل لها مساكنته وتمكينه من وطئها وعليها أن تقر منه وتفتدى نفسها بما أمكنها، لأن وطأه لها زنًا فعليها التخلص منه مهما أمكنها كما قلنا فى التى علمت أن زوجها طلقها ثلاثًا وأنكر، وينبغى أن يكون الواجب لها من المهر بعد الدخول أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل، لأنه إن كان المسمى أقل فلا يقبل قولها فى وجوب زائد عليه، وإن كان الأقل مهر المثل لم يستحق أكثر منه لاعترافها بأن استحقاقها له بوطئها لا بالعقد فلا تستحق أكثر منه، وإن كان إقرارها بأخوته قبل النكاح لم يجز لها نكاحه ولا يقبل رجوعها عن إقرارها فى ظاهر الحكم، لأن إقرارها لم يصادف زوجية عليها يبطلها فقبل إقرارها على نفسها بتحريمه عليها، وكذلك لو أقر الرجل أن هذه أخته من الرضاع أو محرمة عليه برضاع أو غيره وأمكن صدقه لم يحل له تزويجها فيما بعد ذلك فى ظاهر الحكم، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبنى على علمه بحقيقة الحال على ما ذكرنا.

31- **مسألة:** (ولو قال الزوج: هى ابنتى من الرضاع وهى فى سنه أو أكبر منه لم تحرم).

لتحققنا كذبه وقد ذكرناه.

أو غيره وأمكن صدقـه لم يحل له تزوجها فيما بعد ذلك فى ظاهر الحكم وأمـا فيما بينه وبين الله تعالى فينبنى على علمه بحقيقة الحال على ما ذكرناه.

فـصل: وإن ادَّعى أحد الزوجين على الآخر أنه أقر أنه أخـو صاحبه من الرضاع فأنكر لم

32- مسألة: (ولو تزوج رجل امرأة لها لبن من زوج قبله فحملت منه ولم يزد لبنها فهو للأول، وإن زاد لبنها فأرضعت به طفلاً صار ابنًا لهما، وإن انقطع من الأول ثم ثاب بحملها من الثانى فكذلك عند أبى بكر، وعند أبى الخطاب هو ابن الثانى وحده).

وجـملة ذلك أن الرجل إذا طلق زوجته ولها منه لبن فتـزوجت آخر لم يخل من خمسة أحوال:

أحــدها: أن يبقى الأول بحـاله لم يزد ولم ينقص ولم تلد من الثانى فهـو للأول سواء حملت من الثانى أو لم تحمل، لا نعلم فيه خلافًا، لأن اللبن كان للأول ولم يتجدد ما يجعله من الثانى فبقى للأول.

الثـــانى: أن لا تحمل من الثـانى فهو للأول سـواء زاد أو لم يزد أو انقطع ثم عاد أو لم ينقطع.

الثــالث: أن تلد من الثانى فـاللبن له خاصة، قال ابـن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه، وهو قـول أبى حنيفة والشافعـى سواء زاد أو لم يرد انقطع أو لم ينقطع، لأن لبن الأول ينقطع بالولادة من الثانى فإن حاجة المولود تمنع كونه لغيره.

الـرابـع: أن يكون لبن الأول باقيًا وزاد بالحـمل من الثانى فاللبن منهما جمـيعًا فى قول أصحابنا، وقال أبو حنيفة: هو للأول ما لم تلد مـن الثانى، وقال الشافعى: إن لم ينته الحمل إلى حـال ينزل به اللبن فهـو للأول، وإن بلغ إلى حال ينزل به الـلبن فزاد به، فـفيـه قولان: أحدهما: هو للأول، والثانى: هو لهما.

ولنا: أن زيادته عند حدوث الحمل ظاهر فى أنها منه، وبقاء لبن الأول يقتضى كون أصله منه فيجب أن يضاف إليهما كما لو كان الولد منهما.

الحال الـخامس: انقطع من الأول ثم ثاب بالحمل من الثانى، فقال أبو بكر: هو منهما، وهو أحد أقوال الشافعى إذا انتـهى الحمل إلى حال ينزل به اللبن، وذلك لأن اللبن كان للأول فلما عاد بحدوث الحمل، فالظاهر أن لبن الأول ثاب بسبب الحـمل الثانى فكان مضافًا إليهما كما لو لم ينقطع، واختار أبو الخطاب أنه من الثانى وهو القول الثانى للشافعى لأن لبن الأول انقطع فزال حكـمه بانقطاعه وحـدث بالحمل من الثـانى فكان له كما لو لم يبـن لها لبن من الأول وقال أبو حنيفة: هو للأول ما لم تلد من الثانى، وهو القول الثالث للشافعى لأن الحمل لا يقتضى اللبن وإنما يخلقه الله تعالى للولد عند وجوده لحاجته إليه وقد سبق الكلام عليه.

فـصل: وإذا ادعى أحد الزوجين على الآخر أنه أقر أنه أخـو صاحبه من الرضاع فأنكر لم

يقبل فى ذلك شهادة النساء المنفردات، لأنها شهادة على الإقرار والإقرار مما يَطَّلِع عليه الرجال فلم يحتج فيه إلى شهادة النساء المنفردات فلم يقبل ذلك بخلاف الرضاع نفسه.

فصل: كره أبو عبد الله الارتضاع بلبن الفجور والمشركات، وقال عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز ﷺ: اللبن يشتبه[٣٠] فلا تستق من يهودية ولا نصرانية ولا زانية ولا يقبل أهل الذمة المسلمة ولا يرى شعورهن، ولأن لبن الفاجرة ربما أفضى إلى شبه المرضعة فى الفجور ويجعلها أمًّا لولده فيتعير بها ويتضرر طبعًا وتعيرًا، والارتضاع من المشركة يجعلها أمًّا لها حرمة الأم مع شركها وربما مال إليها فى محبة دينها، ويكره الارتضاع بلبن الحمقاء كى لا يشبهها الولد فى الحمق فإنه يقال إن الرضاع يغيِّر الطِّباع، والله تعالى أعلم.

يقبل فى ذلك شهادة النساء المنفردات، لأنها شهادة على الإقرار والإقرار مما يطلع عليه الرجال فلم يحتج فيه إلى شهادة النساء المنفردات فلم يقبل ذلك بخلاف الرضاع نفسه.

فصل: كره أبو عبد الله الارتضاع بلبن الفجور والمشركات، وقال عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز ﷺ: اللبن يشتبه فلا تستق من يهودية ولا نصرانية ولا زانية ولا يقبل أهل الذمة المسلمة ولا يرى شعورهن، ولأن لبن الفاجرة ربما أفضى إلى شبه المرضعة فى الفجور ويجعلها أمًّا لولده فيتعير بها ويتضرر طبعًا وتعيرًا والارتضاع من المشركة يجعلها أمًّا لها حرمة الأم مع شركها وربما مال إليها فى محبة دينها، ويكره الارتضاع بلبن الحمقاء كيلا يشبهها الولد فى الحمق، فإنه يقال: إن الرضاع يغير الطباع.

---

(٣٠) وفى نسخة: «يشبه».

كتـــاب النفقـــات

نفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ مَا آتَاهَا ﴾ (الطلاق: ٧) ومعنى قدر عليه أى: ضيق عليه ومنه قوله سبحانه: ﴿ يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَن يَشَاءُ وَيَقْدِرُ ﴾ (الرعد: ٢٦) أى: يوسع على من يشاء ويضيق على من يشاء، وقال الله تعالى: ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ (الأحزاب: ٥٠) وأما السنة: فما روى جابر أن رسول الله ﷺ خطب الناس فقال: «اتقوا الله فى النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» رواه مسلم وأبو داود[1]، ورواه الترمذى بإسناده عن عمرو بن الأحوص قال: «ألا إن لكم على نسائكم حقًا ولنسائكم عليكم حقًا، فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن فى بيوتكم لمن تكرهون، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن فى كسوتهن وطعامهن»[2]، وقال: هذا حديث حسن صحيح: وجاءت هند إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن

كتاب النفقات

(يجب على الرجل نفقة زوجته وما لا غناء لها عنه وكسوتها ومسكنها بما يصلح لمثلها).

نفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب: فقول الله سبحانه وتعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ مَا آتَاهَا ﴾ ومعنى قدر: ضيق، وقال سبحانه: ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ وأما السنة فما روى جابر أن رسول الله ﷺ خطب الناس فقال: «اتقوا الله فى النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف» رواه مسلم، ورواه الترمذى بإسناده عن عمرو بن الأحوص قال: «ألا إن لكم على نسائكم حقًا ولنسائكم عليكم حقًا فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن فى بيوتكم لمن تكرهون، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن فى كسوتهن

---

(١) أخرجه مسلم (٢/ مج/ ٨٨٦ - ٨٩٢) وأبو داود فى كتاب «المناسك» (٢/ ح١٩٠٥).

(٢) أخرجه الترمذى فى «سننه» (٣/ ح١١٦٣) وقال: حديث حسن صحيح، وابن ماجه (١/ ح١٨٥١) والنسائى فى «عشرة النساء» (ح ٢٨٧) وصححه ابن القيم فى «الزاد» (٥/ ٩٧) وله شاهد من حديث عم أبى حرة الرقاشى، أخرجه أحمد فى «مسنده» (٥/ ٧٢، ٧٣) وحسنه الألبانى فى «الإرواء» (٢٠٣٠).

أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطينى من النفقـة ما يكفينى وولدى: فقال: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف» مـتفق عليه[٣]، وفيه دلالة على وجوب النفـقة لها على زوجها وأن ذلك مقدر بكفـايتها، وأن نفقـة ولده عليه دونها مقـدر بكفايتهم وأن ذلك بالمـعروف، وأن لها أن تأخذ ذلك بنفسها من غير علمه إذا لم يعطها إياه.

وأما الإجـماع فـاتفق أهل العلم على وجـوب نفقات الـزوجات على أزواجهـن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن، ذكره ابن المنذر وغيره، وفيه ضرب من العبرة وهو أن المرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب فلا بد من أن ينفق عليها كالعبد مع سيده.

١٣٧٩- **مسألة:** قال أبو القاسم رحمه الله تعالى: **(وعلى الزوج نفقة زوجته ما لا غناء بها عنه وكسوتها)**.

وجملـة **الأمر**: أن المرأة إذا سلّمت نفسها إلى الزوج على الوجه الواجب عليها فلها عليه جميع حاجـتها من مأكول ومشـروب وملبوس ومسكن، قال أصحابـنا: ونفقتها معـتبرة بحال الزوجين جميـعًا، فإن كانا موسرين فلها عليه نفـقة الموسرين، وإن كانا معسرين فـعليه نفقة المعسرين، وإن كـانا متوسطين فلها عليه نفـقة المتوسطين، وإن كان أحدهمـا موسرًا والآخر معسرًا فعـليه نفقة المتوسطين أيهما كـان الموسر، وقال أبو حنيفة ومالك: يعتـبر حال المرأة

وطعامهن» وقال: حديث صحـيح، وجاءت هند إلى رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى من النفقة ما يكفينى وولدى، فقال: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف» متفق عليه، وفيه دلالة على وجوب النفقة لها على زوجها، وإن ذلك مقدر بكفايتها وإن نفقة ولده عليه دونها مقدر بكفايتهم، وأن ذلك بالمعروف، وأن لها أن تأخذ ذلك بنفسها من غـير علمه إذا لم يعطها إياه، واتفق أهل العلم على وجوب نفـقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين، إلا الناشز منهن، ذكره ابن المنذر وغيره وفيه ضرب من العبرة وهو أن المرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب فلا بد من أن ينفق عليها كالعبد مع سيده، فمتى سلَّمت نفسها إلى الزوج على الوجه الواجب عليـها فلها عليه جميع حاجتها من ماكول وملبوس ومسكن.

أ- **مسألة: (وليس ذلك مقدرًا لكنه معتبر بحال الزوجين جميعًا)**.

هكذا ذكره أصحابنا، فإن كانا موسرين فعليه لها نفقة الموسرين، وإن كانا معسرين فعليه نفقة المـتوسطين، وإن كان أحدهما موسـرًا والآخر معسرًا فعـليه نفقة المتوسطين أيهـما كان الموسـر، وقال أبو حنيفـة ومالك: تعتـبر حال المـرأة على قدر كفـايتها، لقـول الله تعالى:

---

(٣) أخرجه البخارى فى كتاب «النفقات» (٩/ ح٥٣٦٤/ فتح) ومسلم فى «كتاب الأقضية» (٣/ ٧/ ١٣٣٨) والنسائى فى «السنن» (٨/ ٢٤٧) وابن ماجـه فى «سننه» (٢/ ح٢٢٩٣) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٣٩، ٥٠، ٢٠٦) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٦٦، ٤٧٧) (١٠/ ١٤١، ٢٧٠).

على قدر كفايتها لقول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: ٢٣٣) والمعروف الكفاية، ولأنه سوى بين النفقة والكسوة، والكسوة على قدر حالها فكذلك النفقة، وقال النبى ﷺ لهند: «خـذى ما يكفيك وولدك بالمـعروف»(٤) فاعـتـبر كفايتـها دون حال زوجها، ولأن نفـقتها واجبة لدفـع حاجتها فكان الاعتـبار بما تندفع به حاجتـها دون حال من وجبت عليه كنفقـة المماليك، ولأنه واجب للمرأة على زوجها بحكـم الزوجية لم يقدر فكان معتـبرًا بها كمهرها وكـسوتها، وقال الشافـعي: الاعتبار بحال الزوج وحـده لقول الله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ مَا آتَاهَا﴾ (الطلاق: ٧).

ولنا: أن فيما ذكرناه جمعًا بين الدليلين وعـملاً بكلا النصين ورعاية لكلا الجانبين فيكون أولى.

فصل: والنفقة مقدرة بالكفاية وتختلف باختلاف من تجب له النفقة فى مقدارها، وبهذا قـال أبو حنيفـة ومالك، وقـال القاضى: هى مـقدرة بمـقـدار لا يختلف فى القلة والكثـرة، والواجب رطلان من الخبـز فى كل يوم فى حق الموسر والـمعسر اعـتبارًا بالكفـارات، وإنما يختلفان فى صفتـه وجودته لأن الموسر والمعسر سواء فى قدر المأكول وفـيما تقوم به البينة، وإنما يختلفـان فى جودته فكذلك النفقة الواجـبة، وقال الشافعى: نفـقة المقتـر مد بمد النبى

﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ والمعروف الكفاية، ولأنـه سوى بين النفقة والكسوة على قـدر حالها فكذلك النفقـة، وقال النبى ﷺ لهند: «خذى مـا يكفيك وولدك بالمعروف» فاعتبر كفايتها دون حال زوجها، ولأن نفقتها واجبة لدفع حاجتها فكان الاعتبار بما تندفع به حاجتها دون حال من وجبت عليه كنـفقة المماليك، ولأنه واجب للمرأة على زوجها بحكم الزوجية لم يقدر فكان معـتبرًا بها كمهرها، وقال الشافعى: الاعـتبار بحال الزوج وحده لقول الله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ مَا آتَاهَا﴾.

ولنا: أن فيمـا ذكرناه جمعًا بين البـلدين وعملاً بكلا النصين ورعاية لكـلا الجانبين فكان أولى.

فصل: والنفقة بالكفاية وتختلف باختلاف من تجب له النفقة فى مقدارها، وبهذا قال أبو حنيفـة ومالك، وقـال القاضى: هى مـقدرة بمقـدار لا يختلف فى الكثـرة والقلة، والواجب رطلان من الخبز فى كل يوم فى حق الموسـر والمعسر اعتبارًا بالكفـارات، وإنما يختلفان فى صفته وجودته، لأن المـوسر والمعسر سواء فى قدر المأكول وما تقـوم به البنية وإنما يختلفان فى جودته فكذلك النفقة الواجبة، وقال الشافـعى: نفقة المقتر مُدٌّ بمد النبى ﷺ، لأن أقل

(٤) انظر الحديث السابق.

عليه السلام ، لأن أقل ما يدفع في الكفـارة إلي الواحد مد والله سبحـانه اعتبر الكفارة بـالنفقة على الأهل، فقال سبحانه: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ (المائدة: ٨٩) وعلى الموسر مدان، لأن أكثـر ما أوجب الله سـبحـانه للواحد مـدين فى كفارة الأذى، وعـلى المتوسط مـد ونصف، ونصف نفقة الموسر ونصف نفقة الفقير.

ولنا: قول النبيّ عليه السلام لهند: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف» فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير ورد الاجتهاد فى ذلك إليها، ومن المعلوم أن قدر كفايتها لا ينحصر فى المدين بحيث لا يزيد عنهمـا ولا ينقص، ولأن الله تعالى قال: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: ٢٣٣) وقال النبى عليه السلام : «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»(٥) وإيجاب أقل من الكفاية مـن الرزق ترك للمعروف وإيجاب قدر الكفـاية، وإن كان أقل من مد أو من رطلى خبز اتـفاق بالمعروف فيكون ذلك هو الـواجب بالكتاب والسنة، واعتبـار النفقة بالكفـارة فى القـدر لا يصح، لأن الكفـارة لا تخلـتف باليسـار والإعسـار ولا هى مـقـدرة بالكفارة(٦) وإنما اعتبرها الشرع بها فى الجنس دون القدر ولهذا لا يجب فيها الأدم.

فـصل: ولا يجب فيـها الحَب ، وقال الشافعى: الواجب فيها الحب اعتباراً بالإطعام فى الكفارة حتى لو دفع إليها دقـيقًا أو سويقًا أو خبزًا لم يلزمها قـبوله كما لا يلزم ذلك المسكين

ما يدفع في الكفارة مُدّ، والله سبحانه اعتبـر الكفارة بالنفقة على الأهل فقال سبحانه: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ وعلى الموسر مدان، لأن أكثر ما أوجب الله سبحانه للواحد مدين فى فدية الأذى، وعلى المتوسط مد ونصف، نصف نفقة الفقير ونصف نفقة الموسر.

ولنا: قول النبى عليه السلام لهند: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف» فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير ورد الاجتهاد فى ذلك إليها، ومن المعلوم أن قدر كفايتها لا ينحصر فى المدين بحيث لا يزيد عنهمـا ولا ينقص، ولأن الله تعالى قال: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وقال النبى عليه السلام : «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» وإيجاب أقل من الكفاية من الرزق ترك للمعروف وإيجاب قدر الكفاية وإن كان أقل من مدّ أو رطلى خبز إنفاق بالمعروف فيكون ذلك واجبًا بالكتاب والسنة، واعـتبار النفقة بالكفارة فى القدر لا يصح، لأن الكفارة لا تختلف باليسار والإعسار ولا هى مقدرة بالكفاية وإنما اعتبرها الشرع بها فى الجنس دون القدر، ولهذا لا يجب فيها الأدم.

فـصل: ولا يجب فيـها الحَب، وقال الشافعى: يجب فيهـا الحب اعتبارًا بالإيجاب فى الكفارة حتى لو دفع إليـها دقيقًا أو سويقًا أو خـبزًا لم يلزمها قبوله كـما لا يلزم المسكين فى الكفارة، وقال بعضهم: يجىء على قول أصحابنا أنه لا يجوز وإن تراضيا عليه، لأنه بيع حنطة بجنسها متفاضلاً.

---

(٥) انظر الحديث رقم (١).

(٦) بالكفارة: فى نسخة الكفاية.

فى الكفارة، قال بعـضهم يجىء على قول أصحابنا: إنه لا يجـوز وإن تراضيا، لأنه بيع حنطة بجنسهما متفاضلاً.

ولنا: قول ابن عباس فى قوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ (المائدة: ٨٩) قال: الخبز والزيت، وعن ابن عمر: الخبز والسمن، والخبز والزيت والخبز والتمر، ومن أفضل ما تطعمـونهن الخبز واللحم، فـفسر إطعام الأهل بـالخبز مع غيـره من الأدم، ولأن الشرع ورد بالإنفاق مطلقًا من غـير تقييد ولا تقـدير فوجب أن يرد إلى العرف كمـا فى القبض والإحراز وأهل العرف إنما يتعارفون فيما بينهم فى الإنفاق على أهليهم الخبز والأدم دون الحب، والنبى ﷺ وصحابتـه إنما كانوا ينفقـون ذلك دون ما ذكروه فكان ذلك هو الواجب، ولأنهـا نفقة قدرها الشـرع بالكفاية فكان الواجب الخبـز كنفقة العبـد، ولأن الحب تحتاج فـيه إلى طحنه وخبزه فمتى احتاجت إلى تكلف ذلك من مالهـا لم تحصل الكفاية بنفقته، وفارق الإطعام فى الكفارة، لأنها لا تتقدر بالكفاية ولا يجب فـيها الأدم، فعلى هذا لو طلبت مكان الخبز دراهم أو حبّا أو دقيقًا أو غير ذلك لم يلزمه بذله ولو عرض عليها بدل الواجب لها لم يلزمها قبوله، لأنها معاوضة فلا يجبر واحد منهما على قبوله كالبيع، وإن تراضيا على ذلك جاز، لأنه طعام وجب فى الذمة لآدمى معين فـجازت المعاوضة عنه كالطعـام فى القرض، ويفارق الطعام فى الكفارة، لأنه حق الله تعالى، وليس هو لآدمى معين فيرضى بالعوض عنه، وإن أعطاها مكان الخبز حبّا أو دقيقًا جاز إذا تراضيا عليه لأن هذا ليس بمعاوضة حقيقة، فإن الشارع لم يعتبر(٧)

ولنا: قول ابن عبـاس فى قول الله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ قال: الخـبز والزيت، وعن ابن عمر: الخبـز والسمن والخبز والزيت والخبز والتمر وأفـضل ما تطعمونهن الخبز واللحم، ففسر طعام الأهل بالخبز مع غيره من الأدم، ولأن الشرع ورد بالإيجاب مطلقًا من غير تقدير ولا تقييد فوجب أن يرد إلى العرف كما فى القبض والإحراز، وأهل العرف إنما يتعارفون فيما بينهم فى الإنفاق على أهليهم الخبز والأدم دون الحب، والنبى ﷺ وصحابته إنمـا كانوا ينفـقون ذلك دون مـا ذكروه فكان ذلك هو الواجب، ولأنهـا نفقـة قدرها الـشرع بالكفاية فكان الواجب الخـبز كنفقة العـبيد، ولأن الحب تحتـاج فيه إلى طحنه وخبـزه فمتى احتاجت إلى تكلف ذلك من مالهـا لم تحصل الكفاية بنفقته، وفارق الإطعـام، فإنها لا تتقدر بالكفاية ولا يجب فيهـا الأدم، فعلى هذا لو طلبت مكان الخبز حبّا أو دراهم أو دقيـقًا أو غير ذلك لم يلزمه بذله، ولو عـرض عليها بدل الواجب لها لم يلزمهـا قبوله، لأنها معـارضة فلا يجبر واحد منهـما على قبولها كالبيع وإن تراضيـا على ذلك جاز، لأنه طعام وجب فى الذمة لآدمى معين فجـازت المعاوضة عنه كالطعام فى القرض ويفـارق الطعام فى الكفارة، فإنه حق لله تعالى وليس هو لآدمى معين فـيرضى بالعوض عنه، وإن أعطاها مكان الخبز حبّـا أو دقيقًا

(٧) يعتبر: فى نسخة يعين.

الواجب بأكثر من الكفاية، فبأى شىء حصلت الكفاية كان ذلك هو الواجب، وإنما صرنا إلى إيجاب الخبز عند الاختلاف لترجحه بكونه القوت المعتاد.

فصل: ويرجع فى تقدير الواجب إلى اجتهاد الحاكم أو نائبه إن لم يتراضيا على شىء فيفرض للمرأة قدر كفايتها من الخبز والأدم، فيفرض للموسرة تحت قدر حاجتها من أرفع خبز البلد الذى يأكله أمثالهما وللمعسرة تحت المعسر قدر كفايتها من أدنى خبز البلد وللمتوسطة تحت المتوسطة من أوسطه لكل أحد على حسب حاله على ما جرت به العادة فى حق أمثاله، وكذلك الأدم للموسرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع الأدم من اللحم والأرز واللبن وما يطبخ به اللحم والدهن على اختلاف أنواعه فى بلدانه السمن فى موضع والزيت فى آخر والشيرج[٨] فى آخر وللمعسرة تحت المعسر من الأدم أدونه كالباقلا والخل والبقل والكامخ[٩] وما جرت به عادة أمثالهم وما يحتاج إليه من الدهن وللمتوسطة تحت المتوسط أوسط ذلك من الخبز والأدم كل على حسب عادته، وقال الشافعى الواجب من جنس قوت البلدة لا يختلف باليسار والإعسار سوى المقدار والأدم هو الدهن خاصة، لأنه أصلح للأبدان وأجود فى المؤنة، لأنه لا يحتاج إلى طبخ وكلفة ويعتبر الأدم بغالب عادة أهل البلد كالزيت

جاز إذا تراضيا عليه، لأن هذا ليس بمعاوضة حقيقة، فإن الشارع لم يعين الواجب بأكثر من الكفاية فبأى شىء حصلت الكفاية كان ذلك هو الواجب، وإنما صرنا إلى إيجاب الخبز عند الاختلاف لترجحه بكونه القوت المعتاد.

2- **مسألة:** (فإن تنازعا فيها رجع الأمر إلى الحاكم).

وجملة ذلك: أن الأمر يرجع فى تقدير الواجب للزوجة إلى اجتهاد الحاكم أو نائبه إن لم يتراضيا على شىء فيفرض للمرأة قدر كفايتها من الخبز والأدم فيفرض للموسرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع خبز البلد الذى يأكله أمثالها، وللمعسرة تحت المعسر قدر كفايتها من أدنى خبز البلد، وللمتوسطة تحت المتوسط من أوسطه لكل أحد على حسب حاله على ما جرت العادة فى حق أمثاله، وكذلك الأدم للموسرة تحت الموسر قدر كفايتها من أرفع الأدم من الأرز واللحم واللبن وما ينطبخ به اللحم والدهن على اختلاف أنواعه فى بلدانه السمن فى موضع والزيت فى آخر والشحم فى آخر والشيرج فى آخر، وللمعسرة تحت المعسر من الأدم أدونه كالباقلاء والخل والبقل والكامخ وما جرت به عادة أمثالهم وما يحتاج إليه من الدهن، وللمتوسطة تحت المتوسط أوسط ذلك من الخبز والإدام على حسب عادته، وقال الشافعى: الواجب من جنس قوت البلد لا يختلف باليسار والإعسار سوى المقدار والأدم هو الدهن خاصة، لأنه أصلح للأبدان وأجود فى المؤنة، لأنه لا يحتاج إلى طبخ وكلفة ويعتبر الأدم بغالب عادة أهل البلد كالزيت بالشام والشيرج بالعراق والسمن بخراسان ويعتبر قدر الأدم

---

(٨) الشيرج: هو زيت السمسم. (٩) الكامخ: المخللات المشهية.

بالشام والشيرج بالعراق والسمن بخراسان ويعتبر قدر الأدم بالقوت، فإذا قيل: إن الرطل تكفيه الأوقية من الدهن فرض ذلك، وفي كل يوم جمعة رطل لحم، كان في موضع يرخص اللحم زادها على الرطل شيئًا، وذكر القاضي في الأدم مثل هذا، وهذا مخالف لقول الله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ﴾ (الطلاق: ٧) ولقول النبي ﷺ: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» ومتى أنفق الموسر نفقة المعسر فما أنفق من سعته ولا رزقها بالمعروف، وقد فرق الله عز وجل بين الموسر والمعسر في الإنفاق، في هذا جمع بين ما فرق الله تعالى، وتقدير الأدم بما ذكروه تحكم لا دليل عليه وخلاف العادة والعرف بين الناس في إنفاقهم فلا يعرج على مثل هذا، وقد قال ابن عمر: من أفضل ما تطعمون أهليكم الخبز واللحم، والصحيح ما ذكرناه من رد النفقة المطلقة في الشرع إلى العرف فيما بين الناس في نفقاتهم في حق الموسر والمعسر والمتوسط كما رددناهم في الكسوة إلى ذلك، ولأن النفقة من مؤنة المرأة على الزوج، فاختلف جنسها بالإيسار والإعسار كالكسوة.

فصل: وحكم المكاتب والعبد حكم المعسر، لأنهما ليسا بأحسن حالاً منه، ومن نصفه حر إن كان موسراً فحكمه حكم المتوسط، لأنه متوسط نصفه موسر ونصفه معسر.

فصل: ويجب للمرأة ما تحتاج إليه من المشط والدهن لرأسها والسدر أو نحوه مما تغسل به رأسها وما يعود بنظافتها، لأن ذلك يراد للتنظيف فكان عليه كما أن على المستأجر كنس الدار وتنظيفها، فأما الخضاب فإنه إن لم يطلبه الزوج منها لم يلزمه، لأنه يراد للزينة، وإن طلبه منها فهو عليه، وأما الطيب فما يراد منه لقطع السهولة كدواء العرق لزمه، لأنه يراد

بالقوت، فإذا قيل: إن الرطل يكفيه الأوقية من الدهن، فرض ذلك وفي كل يوم جمعة رطل لحم، فإن كان في موضع يرخص اللحم زادها عى الرطل شيئًا، وذكر القاضي مثل هذا في الأدم، وهذا مخالف لقول الله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ مَا آتَاهَا ﴾ ولقول النبي ﷺ: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» متى أنفق الموسر نفقة المعسر فما أنفق من سعته ولا رزقها بالمعروف وقد فرق الله تعالى بين الموسر والمعسر في الإنفاق، وفي هذا جمع بين ما فرقه الله تعالى، وتقدير الأدم بما ذكروه تحكيم لا دليل عليه وخلاف العادة والعرف بين الناس في إنفاقهم فلا يعرج على مثل هذا، وقد قال ابن عمر: من أفضل ما تطعمون أهليكم الخبز واللحم، والصحيح ما ذكرناه من رد النفقة المطلقة في الشرع إلى العرف فيما بين الناس في نفقاتهم في حق الموسر والمعسر والمتوسط كما رددناهم في الكسوة إلى ذلك، ولأن النفقة من مؤنة المرأة على الزوج فاختلف جنسها باليسار والإعسار كالكسوة وحكم المكاتب والعبد كالمعسر، لأنهما ليسا بأحسن حالاً منه، ومن نصفه حر إن كان موسراً فحكمه حكم المتوسط، لأنه متوسط نصفه موسر ونصفه معسر.

للتنظيف، وما يراد منه للتلذذ والاستمتاع لم يلزمه، لأن الاستمتاع حق له فلا يجب عليه ما يدعوه إليه، ولا يجب عليه شراء الأدوية ولا أجرة الطبيب، لأنه يراد لإصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار وحفظ أصولها وكذلك أجرة الحجام والفاصد.

فصل: وتجب عليه كسوتها بإجماع أهل العلم لما ذكرنا من النصوص، ولأنها لا بد منها على الدوام فلزمته كالنفقة وهى معتبرة بكفايتها وليست مقدرة بالشرع كما قلنا فى النفقة، ووافق أصحاب الشافعى على هذا ويرجع فى ذلك إلى اجتهاد الحاكم فيفرض لها على قدر كفايتها على قدر يسرهما وعسرهما، وما جرت عادة أمثالهما به من الكسوة فيجتهد الحاكم فى ذلك عند نزول الأمر كنحو اجتهاده فى المتعة للمطلقة وكما قلنا فى النفقة، فيفرض للموسرة تحت الموسر من أرفع ثياب البلد من الكتان والخبز والأبريسم وللمعسرة تحت المعسر غليظ القطن والكتان وللمتوسطة تحت المتوسط من ذلك فأقل ما يجب من ذلك قميص وسراويل ومقنعة ومداس وجبة للشتاء ويزيد من عدد الثياب ما جرت العادة بلبسه مما لا غنى عنه دون ما للتجمل والزينة والأصل فى هذا قول الله عز وجل: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: ٢٣٣) وقول النبى ﷺ: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» والكسوة بالمعروف هى الكسوة التى جرت عادة أمثالها بلبسه، وقول النبى ﷺ لهند: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف».

3- **مسألة:** (ويجب عليه كسوتها بإجماع أهل العلم) لما ذكرنا من النصوص، ولأنها لا بد لها منها على الدوام فلزمته كالنفقة وهى معتبرة بكفايتها وليست مقدرة بالشرع كما قلنا فى النفقة، وهو قول أصحاب الشافعى ويرجع فى ذلك إلى اجتهاد الحاكم فيفرض لها قدر كفايتها على قدر يسرهما وعسرهما وما جرت عادة أمثالهما به من الكسوة فيجتهد الحاكم فى ذلك نحو اجتهاده فى المتعة للمطلقة كما قلنا فى النفقة فيفرض للموسرة تحت الموسر من أرفع ثياب البلد من الكتان والقطن والخز والإبريسم، وللمعسرة تحت المعسر غليظ القطن والكتان، وللمتوسطة تحت المتوسط من ذلك وأقل ما يجب من ذلك قميص وسراويل ومقنعة ومداس وجبة للشتاء ويزيد من عدد الثياب ما جرت العادة بلبسه مما لا غناء عنه دون ما للتجمل والزينة وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ والكسوة بالمعروف هى الكسوة التى جرت عادة أمثالها بلبسه وعليه ما يحتاج إليه للنوم من الفراش واللحاف والوسادة كل على حسب عادته، فإن كانت ممن عادته النوم فى الأكسية والبسط فعليه لها لنومها ما جرت عادتهم به ولجلوسها بالنهار البساط والزلى والحصير الرفيع أو الخشن الموسر على حسب يساره والمعسر على قدر إعساره والمتوسط بين ذلك على حسب العوائد.

فـصل: وعليه لها مـا تحتاج إليه للنوم من الفراش واللحـاف والوسادة كل على حسب عـادته، فإن كانت ممن عادته النوم فى الأكسية والبســاط فعليه لها لنومها ما جرت عادتهم به ولجلوسها بالنهار البساط والزلى(١٠) والحصير الرفيع أو الخشن، والموسر على حسب إيساره والمعسر على قدر إعساره على حسب العوائد.

فصل: ويجب لها مسكن، بدليل قوله سبحانه وتعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْـدِكُمْ﴾ (الطـلاق: ٦) فإذا وجبت السكنى للمطلقـة فللتى فى صلب النكاح أولى، قال الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (النساء: ١٩) ومن المعروف أن يسكنها فى مسكن، ولأنها لا تستغنى عـن المسكن للاستتار عن الـعيون، وفى التصرف والاسـتمتاع وحفـظ المتاع وبكون المسكن على قدر يسارهما وإعسارهما، لقول الله تعالى: ﴿مِّن وُجْـدِكُمْ﴾ ولأنه واجب لها لمصلحتها فى الدوام فجرى مجرى النفقة والكسوة.

فـصل: فإن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسـها لكونها من ذوى الأقدار أو مريضة وجب لها خادم، لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها خادمًا،

4- **مـسـألة:** (وعليه ما يعـود بنظافة المرأة من الدهن والسدر وثمن الماء مـما تغسل به رأسها وما يعود بنظافتها).

لأن ذلك يراد للتنظيف فكان عليه كـما أن على المستأجر كنس الدار وتنظيـفها ولا تجب عليه الأدوية وأجرة الطبيب، لأنه يراد لإصلاح الجسم فلا يلزمـه كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار وحفظ أصولها وكذلك أجرة الحجام والفاصد.

5- **مسألة:** (فأما الطيب والخضاب والحناء ونحوه فلا يلزمه إلا أن يريد منها التزين به).

أما الخضاب، فإنه إن لم يطلبه الزوج منها لم يلزمـه وإن طلبه منها فهو عليه وأما الطيب فما يراد لقطع السهـوكة كدواء العرق يلزمه، لأنه يراد للتنظيف، وما يراد للتلذذ أو الاسـتمتاع لا يلزمه لأن الاستمتاع حق له فلا يجب عليه ما يدعوه إليه.

فصل: ويجب لها مسكن، بدليل قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ (الطــلاق: ٦) فإذا وجـبت السكنى للمطلقـة فللتى فى صلب النكاح أولى، قـال الله تعالى: ﴿وَعَـاشِـرُوهُنَّ بِالْمَـعْـرُوفِ﴾ ومن المعـروف أن يسكنها فى مـسكن، ولأنها لا تسـتغنى عن المسكن للسترة عن العيون فى التصرف والاستـمتاع وحفظ المتـاع ويكون المسكن على قدر يسارهما وإعسارهما لقول الله تعالى: ﴿مِّن وُجْدِكُمْ﴾ ولأنه واجب لها لمصلحتها فى الدوام فجرى مجرى النفقة والكسوة.

6- **مـسـألة:** (وإن احتاجت إلى من يخدمـها لكون مثلها تخدم نفسها أو لمـرضها لزمه ذلك).

---

(١٠) الزلى: نوع من البسط.

ولأنه ممـا تحتـاج إليه فى الدوام فـأشبـه النفقـة، ولا يجب لها أكـثر من خـادم واحد، لأن المستـحق خدمتها فـى نفسها، ويحصل ذلك بواحـد، وهذا قول مالك والشافـعى وأصحاب الرأى إلا أن مالكًا قال: إن كان لا يصلح للمرأة إلا أكثر من خادم فعليه أن ينفق على أكثر من واحد ونحوه، قال أبو ثور: إذا احتمل الزوج ذلك فرض لخادمين.

ولنا: أن الخادم الواحد يكفيها لنفسـها، والزيادة تراد لحفظ ملكها أو للتجمل وليس عليه ذلك.

إذ ثبت هذا: فلا يكون الخادم إلا ممن يحل له النظر إليها إما امرأة وإما ذو رحم محرم، لأن الخادم يلزم المـخدوم فى غالب أحواله فلا يـسلم من النظر وهل يجوز أن يكون من أهل الكتاب؟ فيه وجهان: الصحيح مـنهما جوازه، لأن استخدامهم مباح وقد ذكرنا فيما مضى أن الصحيح إباحة النظر لهم، والثـانى: لا يجوز، لأن فى إباحة نظرهم اختلافًا وتعافهم النفس ولا يتنظفـون من النجاسـة ولا يلزم الزوج أن يملكها خـادمًا، لأن المـقصـود الخدمـة، فإذا حصلت من غير تملـيك جاز كما أنه إذا أسكنها دارًا بأجرة جاز، ولا يلزمـه تمليكها مسكنًا، فإن ملكها الخادم فقد زاد خيرًا، وإن أخدمها من يلازم خدمتها من غير تمليك جاز سواء كان له أو استأجره حرًا كـان أو عبدًا، وإن كان الخادم لها فرضيت بخدمتـه لها ونفقته على الزوج جاز، وإن طلبت منه أجرة خادمها فوافـقها جاز، وإن قال: لا أعطيك أجر هذا ولكن أنا آتيك بخـادم سواه، فله ذلك إذا أتـاها بمن يصلح لهـا، وإن قالت: أنا أخـدم نفـسى وآخذ أجـر الخادم، لم يلزم الزوج قـبول ذلك، لأن الأجر عليـه فتعيـين الخادم إليه، ولأن فى إخدامـها

لقول الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها خادمًا، لأنها مما يحتاج إليه فى الدوام فأشبه النفقة.

7- مـســألة: **(فإن كـان لها خادم وإلا أقام لهـا خادمًا بشراء أو كـراء أو عارية ولا يلزم الزوج أن يملكها خادمًا).**

لأن المقصـود الخدمة، فإذا حصلت من غـير تمليك جاز كمـا أنه إذا أسكنها دارًا بأجرة جاز ولا يلزمه تمليكها مسكنًا، فإن ملكها الخادم فقد زاد خيرًا، وإن أخدمها من يلازم خدمتها من غير تمليك جاز سواء كـان له أو استأجره حرًا كان أو عبدًا، فإن كـان الخادم لها فرضيت بخدمته لها ونفقته على الزوج جاز، وإن طلبت منه أجر خادمها فوافقها جاز، وإن أبى وقال: أنا آتيك بخادم سـواه، فله ذلك إذا أتاها بمن يصلح لها، ولا يكون الخـادم إلا ممن يحل له النظر إليها إما امرأة وإما ذو رحم محرم، لأن الخادم يلزم المخدوم فى غالب أحواله فلا يسلم من النظر، وهل يجوز أن يكون خـادم المسلمة من أهل الكتاب؟ فيـه وجهان: **أصحهـمـا:** جوازه، لأن استخدامهم مباح، ولأن الصحيح إباحة النظر لهم، **والثـانى:** لا يجوز، لأن فى إباحة نظرهم اختلافًا وتعافهم النفس ولا يتنظفون من النجاسة.

توفيرها على حقوقه وترفيهها ورفع قـدرها وذلك يفوت بخدمتها لنفسها، وإن قال الزوج: أنا أخدمك بنفسي لم يلزمها، لأنها تحتشمه وفيه غـضاضة عليها لكون زوجها خادمًا، وفيه وجه آخر أنه يلزمها الرضى به لأن الكفاية تحصل به.

فصل: وعلى الزوج نفقة الخادم ومؤنته من الكسوة والنفـقة مثل ما لامرأة المعسر إلا أنه لا يجب لها المشط والدهن لرأسها والسدر، لأن ذلك يراد للزينة والتنظيف ولا يراد ذلك من الخادم لكن إن احتاجت إلى خف لتخرج إلى شراء الحوائج لزمه ذلك.

١٣٨٠- **مسألة:** قال: (فإن منعها ما يجب لها أو بعضه وقدرت له على مال أخذت منه مقـدار حاجتهـا بالمعروف كمـا قال النبى ﷺ لهند حين قـالت: إن أبا سفيان رجل شـحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدى؟ فقال: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف»).

وجـملتـه: أن الزوج إذا لم يدفع إلى امرأته ما يجب لها عليـه من النفقة والكسوة أو دفعَ إليها أقل من كفايتها فلها أن تأخـذ من ماله الواجب أو تمامه بإذنه وبغير إذنه بدليل قول النبى ﷺ لهند: «خذى ما يكفـيك وولدك بالمعروف» وهذا إذن لها فى الأخذ من مـاله بغير إذنه ورد لها إلى اجتهادها فى قدر كفايتهـا وكفاية ولدها وهو متناول لأخذ تمام الكفاية، فإن ظاهر الحديث دل على أنه قد كان يعطيها بعض الكفاية ولا يتـممها لها فرخص النبى ﷺ لها فى

8- **مسألة:** (وعليه نفقته بقدر نفقة الفقيرين إلا فى النظافة).

يجب على الزوج نفقة الخـادم وكسوته مثل ما لامرأة المعـسر إلا أنه لا يجب لها المشط والدهن والسدر لرأسـها، لأن ذلك مـما يراد للزينة والتنظيف ولا يراد ذلك من الخـادم، فإن احتاجت إلى خف لتخرج إلى شراء الحوائج لزمه ذلك.

9- **مـسـألة:** (ولا يلزمه أكثـر من نفقة خادم واحد، لأن المسـتحق خدمتها فى نفـسها ويحصل ذلك بواحد).

وهذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى، وقال مالك: إن كان لا يصلح المرأة إلا أكثر من خادم فعليه أن ينفق على أكثر من خادم واحد، ونحوه قال أبو ثور: إذا احتمل الزوج ذلك فرض لخادمين.

ولنا: أن الخادم الواحد يكـفيها لنفسـها والزيادة تراد لحفظ ملكها وللتـجمل وليس عليه ذلك.

10- **مـسـألة:** (فإن قالت: أنا أخدم نفسى وآخـذ ما يلزمك لخادمى لم يكن لها ذلك ولم يلزمه).

لأن الأجر عليـه فتعيـين الخادم إليه، ولأن فى خـدمة غيرها إياهـا توفيرها على حقـوقه وترفيهها ورفع قدرها وذلك يفوت بخدمتها لنفسها.

11- **مسألة:** (فإن قال الزوج: أما أخدمك بنفسى، لم يلزمها).

أخذ تمام الكفاية بغير علمه، لأنه موضع حاجة، فإن النفقة لا غنى عنها ولا قوام إلا بها، فإذا لم يدفعها الزوج ولم تأخذها أفضى إلى ضياعها وهلاكها فرخص لها فى أخذ قدر نفقتها دفعًا لحاجتها، ولأن النفقة تتجدد بتجدد الزمان شيئًا فشيئًا فتشق المرافعة إلى الحاكم والمطالبة بها فى كل الأوقات، فلذلك رخص لهـا فى أخذها بغيـر إذن من هى عليه، وذكر القـاضى بينها وبين الدين فرقًا آخر وهو أن نفقة الزوجة تسقط بفوات وقتها عند بعض أهل العلم ما لم يكن الحاكم فرضها لها، فلو لم تأخذ حقها أفضى إلى سقوطها والإضرار بها بخلاف الدين فإنه لا يسقط عند أحد بترك المطالبة به فلا يؤدى ترك الأخذ إلى الإسقاط.

فصل: ويجب عليه دفع نفقتها إليها فى صدر نهار كل يوم إذا طلعت الشمس، لأنه أول وقت الحاجة، فإن اتفقـا على تأخيرها جاز، لأن الحق لها فإذا رضيت بتـأخيره جاز كالدين، وإن اتفقا على تعـجيل نفقة عام أو شـهر أو أقل من ذلك أو أكثر أو تأخـيره جاز، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما فجاز من تعجـيله وتأخيره ما اتفقا عليه كالدين وليس بين أهل العلم فى هذا خلاف علمناه، فإن سلم إليها نفقة يوم ثم ماتت فـيه لم يرجع عليها بها لأنه دفع إليها ما وجب عليه دفعه إليها، وإن أبانها بعد وجوب الدفع إليها لم تسـقط نفقتها فيه ولها مطالبته بها لأنها قـد وجبت فلم تسقط بالطلاق كـالدين، وإن عجل لها نفقـة شهر أو عام ثم طلقـها أو

لأنها تحتشمه وفيه غضاضة عليهـا لكون زوجها خادمًا، وفيه وجه آخر أنه يلزمها الرضى به، لأن الكفاية تحصل به.

فـصل: ويلزمه نفقة المطلقة الرجعية وكسوتها ومسكنها كالزوجة سواء، لأنهـا زوجة بدليل قوله سبحانه: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ (البقرة: ٢٢٨) ولأنه يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه فأشبه ما قبل الطلاق وللأدلة الدالة على وجوب نفقة الزوجة من الكتاب والسنة والإجماع.

12- مسألة: (وأما البائن بفسخ أو طلاق، فإن كانت حاملاً فلها النفقة والسكنى وإلا فلا شىء لها، وعنه لها السكنى).

وجـــملة ذلك: أن الرجل إذا طلق امرأته طلاقًـا بائنًا إما أن يكون ثلاثًا أو بخلع أو بانت بفسخ وكانت حاملاً فلها النفقة والسكنى بإجماع أهل العلم لقول الله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦) وفى بعض ألفاظ حديث فاطمـة بنت قيس: «لا نفقة لك إلا أن تكون حـامـلاً» (1) ولأن الحمل ولده فيلزمـه الإنفاق عليه ولا تمكنه النفقة عليه إلا بالإنـفاق عليها فوجب كما وجبت أجرة الرضاع، وإن كانت حائلاً فلا نفقة لها، وفى السكنى روايتان:

---

(1) أخـرجه مـسلم فى «كـتاب الطلاق» (٢/ ٣٦/ ١١١٤) وأبو داود فـى «سننه» (٢/ ح٢٢٨٤) وأحمـد فى «مسنده» (٦/ ٤١٣) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ١٧٧، ٤٣٢) ومالك فى «الموطأ» (٢/ ٦٧/ ٥٨٠).

ماتت قبل انقضائه أو بانت بفسخ أو إسلام أحدهمـا أو ردته فله أن يسترجع نفقة سائر الشهر، وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن، وقال أبو حنـيفة وأبو يوسف: لا يسترجعها، لأنها صلة فإذا قبضتها لم يكن له الرجوع فيها كصدقة التطوع.

ولنا: أنه سلم إليهـا النفقة سلفًا عمـا يجب فى الثانى، فإذا وجد مـا يمنع الوجوب ثبت الرجوع كـما لو أسلفهـا إياها فنشزت أو عـجل الزكاة إلى الساعى فـتلف ماله قـبل الحول، وقولهم: إنهـا صلة، قلنا: بل هى عوض عن التمكين وقـد فات التمكين، وذكـر القاضى أن زوج الوثنية والمجوسيـة إذا دفع إليها نفقة سنتين ثم بانت بإسلامه، فـإن لم يكن أعلمها أنها نفقة عجلهـا لها لم يرجع عليها لأن الظاهر أنه تطوع بها، وإن أعلمهـا ذلك انبنى على معجل الزكاة إذا أعلم الفقير أنها زكاة معـجلة ثم تلف المال، وفى الرجوع بها وجهان كذلك هـهنا، وكذلك ينبغى أن يكون فى سـائر الصور مثل هذا، لأنه تبرع بدفع ما لا يلزمـه من غير إعلام الآخذ بتعـجيله فلم يرجع به كمعجل الزكـاة، ولو سلم إليها نفقة اليـوم فسرقت أو تلفت لم يلزمه عوضها، لأنه برئ من الواجب بدفعه فأشـبه ما لو تلفت الزكاة بعد قبض الساعى لها أو الدين بعد أخذ صاحبه له.

إحداهـما: لا يجب لها ذلك، وهو قول على وابن عباس وجابر، وبه قال عطاء وطاوس والحسن وعمرو بن ميمون وعكرمة وإسحاق وأبو ثور وداود.

والثـانيـة: يجب لها، وهو قول عمر وابن مسعود وابن عـمر وعائشة وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم والفقهاء السبعة ومالك والشافعى لقول الله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ فأوجب لهـا السكنى مطلقًا ثم خص الحـامل بالإنفاق عليهـا، وقال أكثر فـقهاء العـراق: لها السكنى والنفقـة، وبه قال ابن شبرمـة وابن أبى ليلى والثورى والحسن بن صالح وأبو حـنيفة وأصحابه والبتى والعنبـرى، ويروى ذلك عن ابن عمر وابن مسعود، لأنها مطلقـة فوجبت لها النفقة والسكنى كالرجـعية وردوا خبر فاطمة بنت قيس بمـا روى عن ابن عمر أنه قال: لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقـول امرأة، وأنكرته عائشة(2) وسعيد بن المسيب وتأولوه، قال عروة: لقد عابت عائشـة ذلك أشد العيب وقالت: إنها كانت فى مكان وحش فخيف علـى ناحيتها، وقال سعيد بن المسيب: تلك امرأة فـتنت الناس بلسانها كانت لسنة فوضعت على يدى ابن أم مكتوم الأعمى.

ولنا: ما روت فـاطمة بنت قيس أن زوجـها طلقهـا البتة وهو غـائب فأرسل إليهـا وكيله بشعير فتسخطته فقال: والله ما لك علينا من شىء، فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال: «ليس لك علـيه نفقة ولا سكنى» فأمـرها أن تعتد فى بيت أم شريك، مـتفق عليه(3)،

---

(2) أخرجه أبو داود فى كتاب «الطلاق» (٢/ ح٢٢٩١) وإسناده صحيح موقوف. (3) انظر الحديث (١).

فـــصـــل: وإذا دفع إليهـا نفقتهـا فلها أن تتصـرف فيها بمـا أحبت من الصدقة والهبة والمعاوضـة ما لم يعد ذلك عليها بـضرر فى بدنها وضعف فى جسـمها، لأنه حق لهـا فلهـا التصرف فيه بما شـاءت كالمهر، وليس لها التصرف فيها على وجـه يضر بها، لأن فيه تفويت حقه منها ونقصًا فى استمتاعه بها.

فصل: وعليه دفع الكسوة إليها فى كل عام مرة، لأنها العادة ويكون الدفع إليها فى أوله، لأنه أول وقت الوجوب فإن بليت الكسـوة فى الوقت الذى يبلى فيه مثلها لزمـه أن يدفع إليها كسوة أخرى، لأن ذلك وقت الحـاجة إليها، وإن بليت قبل ذلك لكثرة دخولهـا وخروجها أو استعمالها لم يلزمه إبدالها، لأن ليس بوقت الحاجة إلى الكسوة فى العرف، وإن مضى الزمان الذى تبلى فى مثله بالاستعمال المعتـاد ولم تبل فهل يلزمه بدلها؟ فيه وجهان: **أحـدهمـا**: لا يلزمه بدلها، لأنها غير محتاجة إلى الكسوة، **والثاني**: يلزمه، لأن الاعتبار بمضى الزمان دون حقيقة الحـاجة بدليل أنها لو بليت قبل ذلك لم يلزمه بدلها، ولو أهدى إليهـا كسوة لم تسقط كسوتها، وإن أهدى إليها طعام فأكلته وبقى قوتها إلى الغد لم يسقط قوتها فيه، وإن كساها ثم طلقها قبل أن تبلى فهل له أن يسترجعها؟ فيه وجهان: **أحدهـما**: له ذلك، لأنه دفعها للزمان المستقبل فـإذا طلقها قبل مضيه كان له استـرجاعها كما لو دفع إليها نفقـة مدة ثم طلقها قبل

وفى لفظ فقال رسول الله ﷺ: «انظرى يا ابنة قيس إنما النفـقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجـعة، فإذا لم يكن له عليها الرجعة فـلا نفقة ولا سكنى»(4) رواه الإمـام أحمـد والأثرم والحميـدى، قال ابن عبد البر من طريق الحـجة وما يلزم منها: قـول أحمد بن حنبل ومن تابعه أصح وأحج، لأنه ثبت عن النبى ﷺ نصًا صريحًا فأى شىء يعارض هذا إلا مثله عن النبى ﷺ الذى هو المبـين عن الله تعالى مراده ولا شىء يـدفع ذلك، ومعلوم أنه أعلم بتأويل قول الله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ (الطـلاق: ٦) وأما قول عمر ومن وافقه فقد خالفه على وابن عباس وجابر ومن وافقهم والحجة معهم، ولو لم يخالفه أحد منهم لما قبل قوله المخالف لقول رسول الله ﷺ حجة على عمر وغيره ولم يصح عن عمر أنه قال: لا ندع كـتاب ربنا وسنة نبينا لقـول امرأة، فإن أحمـد أنكره وقال: أما هذا فـلا فإنه قال: لا نقبل فـى ديننا قول امرأة، وهذا يرده الإجمـاع على قبول قول المرأة فـى الرواية فقد أجد تقول فريعـة وهى امرأة وتخبر عائشة وأزواج رسول الله ﷺ وصار خـبر فاطمة إذا لم تكن حاملاً مثل نظر المرأة إلى الرجال وخطبة الرجل على خطبة أخيه إذا لم تكن سكنت إلى الأول، وأما تأويل من تأول حديثها فليس بشىء فإنها تخالفهم فى ذلك وهى أعلم بحالها ولم يتفق المتأولون على شىء وقد رد على من رد عليها، فقال ميمون بن مهران لسعيد بن المسيب لما قال: تلك امرأة فـتنت الناس بلسانها: لئن كانت إنما أخذت بمـا أفتاها رسول الله ﷺ

---

(4) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٦/ ٣٧٣، ٤١٧) وإسناده صحيح.

انقضائها، والثانى: ليس له الاسترجاع، لأنه دفع إليها الكسوة بعد وجوبها عليه فلمْ يكن له الرجوع فيها كما لو دفع إليها النفقة بعد وجوبها ثم طلقها قبل أكلها بخلاف النفقة المستقبلة.

فصل: وإذا دفع إليها كسوتها فأرادت بيعـها أو التصدق بها وكان ذلك يضر بها أو يخل بتجملها بها أو بسترتها لم تملك ذلك كـما لو أرادت الصدقة بقوتها على وجه يضر بها، وإن لم يكن فى ذلك ضرر احتمل الجـواز، لأنها تملكها فأشبهت النفـقة، واحتمل المنع، لأن له استرجاعها لو طلقها فى أحد الوجهين بخلاف النفقة.

فصل: والذمية كالمسلمـة فى النفقة والمسكن والكسوة، فى قول عامة أهل العلم وبه يقول مالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لعموم النصوص والمعنى.

١٣٨١- **مسألة:** قـال: (فإذا منعهـا ولم تجد ما تأخذه واختارت فراقـه فرق الحاكم بينهما).

وجملـته: أن الرجل إذا منع امرأته النفقة لعسرته وعدم ما ينفـقه فالمرأة مخيرة بين الصبر عليـه وبين فراقه وروى نـحو ذلك عن عـمر وعلى وأبى هريرة وبه قـال سعـيد بن المـسيب والحسن وعمـر بن عبد العزيز وربيعة وحـماد ومالك ويحيى القطان وعبد الرحـمن بن مهدى والشـافعى وإسـحاق وأبو عـبيـد وأبو ثور، وذهب عطاء والزهرى وابن شـبرمـة وأبو حنيفـة

وإن لنا فى رسول الله أسوة حسنـة مع أنها أحرم الناس عليه ليس له عليها رجـعة ولا ميراث، وقول عائشة إنها كـانت فى مكان وحش لا يصح فإن النبى ﷺ علل بغير ذلك: «يا ابنة آل قيس إنما النفقة والسكنى ما كان لزوجك عليك الرجعة» هكذا رواه الحميدى والأثرم ولو صح ما قالته عائشة ما احتاج عمر فى رده إلى أن يعتذر بأنه قول امرأة وهى أعرف بنفسها وحالها، وأما قول عـمر رضي الله عنه لا ندع كتاب ربنا فقد قـال إسماعيل بن إسحـاق: نحن نعلم أن عمر لا يقول: لا ندع كتـاب ربنا، إلا لما هو موجود فى كتاب الله تعـالى، والذى فى الكتاب أن لها النفقة إذا كانت حاملاً بقوله سبحانه: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦) وأما غير ذوات الحمل فلا يدل الكتاب إلا على أنهن لا نفقة لهن لاشتراطه الحمل فى الأمر بالإنفـاق وقد روى أبو داود وغـيره بإسناده عن ابن عبـاس فى حديث المـتلاعنين قال: ففرق رسول الله ﷺ بينهـما وقضى أن لا بيت لها ولا قوت[5]، ولأن هذه محـرمة عليه تحريمًا لا تزيله الرجـعة فلم يكن لها سكنى ولا نفقة كالملاعنة وتفارق الرجـعية، فإنها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه بخلاف البائن.

فصل: ولا سكنى للملاعِنة ولا نفقة إن كانت حاملاً للخبر وكذلك إن كانت حاملاً فنفى

---

(5) أخرجـه البخـارى فى «صحيحـه» من كتـاب «الشهـادات» (٣/ ص٦٧٧ ط دار الحديث) وفى كـتاب «التفسيـر» (٦/ ٦٠٨/ ط دار الحديث) ومسلم فى «صحيحه» (٢/ لعـان/ ١٢) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

وصاحباه إلى أنها لا تملك فراقه بذلـك ولكن يرفع يده عنها لتكتسب، لأنه حق لها عليه فلا يفسخ النكاح لعجزه عنه كالدين، وقال العنبرى: يحبس إلى أن ينفق.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ (البقرة: ٢٢٩) وليس الإمساك مع ترك الإنفاق إمساكًا بمـعروف فيتعين التسريح، وروى سعـيد عن سفيان عن ابن أبى الزناد قال: سـألت سعيد بن المـسيب عن الرجل لا يجد ما يـنفق على امرأته أيفرق بينهمـا؟ قال: نعم، قلت: سُنَّة؟ قال: سنة[١١]، وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ وقال ابن المنذر: ثبت أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلـقوا بعثوا بنفقـة ما مضى[١٢]، ولأنه إذا ثبت الفـسخ بالعجـز عن الوطء والضرر فيه أقل، لأنه إنما هو فقد لذة وشهوة يقـوم البدن بدونه فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التى لا يقوم البـدن إلا بها أولى، إذا ثبت هذا، فإنه مـتى ثبت الإعسار بالنفـقة على الإطلاق فللمرأة المطالبة بالفسخ مـن غير إنظار وهذا أحد قولى الشافعى وقال حـماد بن أبى سليمان: يؤجل سنة قيـاسًا على العنين وقـال عمر بن عبـد العزيز اضربوا له شـهرًا أو شهـرين، وقال مالك: الشهر ونحوه وقال الشافعى فى القول الآخر يؤجل ثلاثًا لأنه قريب.

حملها وقلنا: إنه ينتفى عنه، أو قلنا: إنه ينتفى بزوال الفراش، وإن قلنا: لا ينتفى بنفيه وقلنا: إنه يلحقـه نسبه فلها السـكنى والنفقة، لأن ذلك للحمـل أو لها بسببـه وهو موجود فأشـبهت المطلقة البـائن، فإن نفى الحمل فـأنفقت أمه وسكنت من غيـر الزوج وأرضعت ثم استحـقه الملاعن لحقـه ولزمته النفقـة وأجر المسكن والرضاع، لأنهـا فعلت ذلك على أنه لا أب له، فإذا ثبت له أب لزمه ذلك ورجع به عليه، فإن قـيل: النفقة لأجل الحمل نفقة الأقارب وهى تسقط بمضى الزمان فكيف يرجع عليه بما يسقط عنه؟ قلـنا: بل النفقة للحامل لأجل الحمل فلا تسقط كنفقتها فى الحياة.

12- مـسـألة: (فإن طلق زوجته ولم ينـفق عليها يظنها حائلاً ثم تبين أنهـا كانت حاملاً فعليه نفقة).

لأننا تبينا استحقاقها له فرجعت به عليه كالدين.

13- مسألة: (وإن أنفق عليها يظنها حاملاً وبانت حائلاً مثل من ادعت الحمل لتكون لها النفقة، أنفق عليها ثلاثة أشهر ثم أريت القوابل بعد ذلك).

لأن الحمل يتبين بعد ثلاثة أشهر إلا أن تظهر براءتها من الحمل بالحيض أو بغيره فتنقطع

---

(١١) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ٥٥/ ٢٠٢٢) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٦٩) وذكر ابن حجر فى «التلخيص» (٤/ ٩) وإسناده صحيح موقوف على سعيد بن المسيب.

(١٢) أخرجـه البيهقى فى «السنن الـكبرى» (٧/ ٤٦٩) وعبد الرزاق فى «مـصنفه» (٧/ ٩٣/ ١٢٣٤٦) من طريق عبـد الله بن عمـر عن نافع عن ابن عمـر أن عمر بن الخطاب... فـذكره، وإسناده صـحيح موقوف.

ولنا: ظاهر حديث عمـر ولأنه معنى يثبت الفسخ ولم يرد الشرع بالإنظار فـيه فوجب أن يثبت الفسخ فى الحال كالعيب ولأن سبب الفسخ الإعسار وقد وجد فلا يلزم التأخير.

فصل: وإن لم يجد النفقة إلا يومًا بيوم فليس ذلك إعسارًا يثبت به الفسخ، لأن ذلك هو الواجب عليه وقد قدر عليه، وإن وجد فى أول النهار ما يغـديها وفى آخره ما يعشيها لم يكن لها الفـسخ لأنها تصل إلى كفـايتها ومـا يقوم به بدنها وإن وجـد، وإن كان صانعًـا يعمل فى الأسبوع بمـا يبيعه فى يوم بقـدر كفايتهـا فى الأسبوع كله لم يثبت الفـسخ، لأن هذا يحصل الكفاية فى جميع زمانه وإن تعذر عليـه الكسب فى بعض زمانه أو تعذر البيع لم يثبت الفسخ، لأنه يمكن الاقتـراض إلى زوال العارض وحصول الاكتـساب، وإن عجز عن الاقـتراض أيامًا يسيـرة لم يثبت الفـسخ، لأن ذلك يزول عن قريب ولا يكاد يـسلم منه كثيـر من الناس، وإن مرض مرضًا يرجى زواله فى أيام يسيرة لم يفـسخ لما ذكرناه، وإن كان ذلك يطول فلها الفسخ لأن الضرر الغالب يلحقـها ولا يمكنها الصبر وكذلك إن كان لا يجـد من النفقة إلا يومًا دون يوم فلها الفسخ لأنهـا لا يمكنها الصبر على هذا ويكون بمثـابة من لا يجد إلا بعض القوت، وإن أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار، لأن البدن لا يقوم بما دونها، وإن أعسر بما زاد على نفقـة المعسر فلا خـيار لها، لأن تلك الزيادة تسقط بـإعساره ويمكن الصبر عـنها ويقوم

نفقتها كما تنقطع إذا قال القوابل: ليست حاملاً، رجع عليها بما أنفق، لأنها أخذت منه ما لا تستـحق فرجع عليها كـما لو ادعت عليه دينًا وأخـذته منه ثم تبين كذبها، وعن أحـمد رواية أخرى لا بشيء، لأنه أنفق عليها بحكم آثار النكاح فلم يرجع به كالنفقة فى النكاح الفاسد إذا تبين فساده وإن علمت براءتها من الحمل بالحيض فكتمته فينبغى أن يرجع عليها قولاً واحدًا، لأنها أخـذت النفقة مع علمـها ببراءته منهـا كما لو أخذتهـا من ماله بغيـر علمه، وإن ادعت الرجعية الحمل فأنفق عليها أكثر من مدة عدتها رجع عليها بالزيادة ويرجع فى مدة إليها، لأنها أعلم بها فالقول قـولها فيها مع يمينها فـإن قالت: قد ارتفع حيضى فلم أدر ما رفعـه، فعدتها سنة إن كانت حـرة، وإن قالت: قد انقضت بثلاثـة قروء وذكرت آخرها فلها النـفقة إلى ذلك ويرجع عليها بالزائد، وإن قالت: لا أدرى متى آخرها، رجعنا إلى عادتها فحسبنا لها بها، وإن قالت: عادتى تختلف فتطول وتقصر، انقـضت العدة بالأقصر لأنه اليقين، وإن قالت: عادتى تختلف ولا أعلم رددناها إلى غـالب عادات النساء فى كل شهر قـرء كما رددنا المتـحيرة إلى ذلك فى أحكامها كذلك هذه، فإن بان أنها حـامل من غيره مثل أن تلده لأكثر من أربع سنين فلا نفقة عليـه كمدة حملها لأنه من غيره، وإن كـانت رجعية فلها النفقة فى مـدة عدتها، فإن كانت انقضت قـبل حملها لأنه من غيره، وإن كانت رجـعية فلها النفقة فى مـدة عدتها، فإن كانت انقضت قبل حملها فلها النفقة إلى انقضائها، وإن حملت فى أثناء عدتها فلها النفقة إلى الوطء الذى حملت منه ثم لا نفقة لها حتى تضع حملهـا ثم تكون لها النفقة فى تمام عدتها،

البدن بما دونها، وإن أعسر بنفقة الخادم لم يثبت لها خيار لما ذكرنا وكذلك إن أعسر بالأدم، وإن أعسر بالكسـوة فلها الفسخ لأن الكسوة لا بد مـنها ولا يمكن الصبر عنهـا ولا يقوم البدن بدونها، وإن أعسر بأجرة مـسكن ففيه وجهان: أحدهـما: لها الخيار لأنه مـما لا بد منه فهو كالنفقـة والكسوة، والثـانى: لا خيار لها، لأن البنيـة تقوم بدونه وهذا الوجه هو الذى ذكره القاضى، وإن أعسر بالنفقة الماضية لم يكن لهـا الفسخ، لأنها دين يقوم البدن بدونها فأشبهت سائر الديون.

الحـال الـثـانى: أن يمتنع من الإنفـاق مع يساره فإن قدرت له على مـال أخذت منه قدر حاجتهـا ولا خيار لها لأن النبى ﷺ أمر هندًا بالأخذ ولم يجـعل لها الفسخ، وإن لم تقدر رافعتـه إلى الحاكم فيأمره بالإنفـاق ويجبره عليه فإن أبى حـبسه، فإن صبـر على الحبس أخذ الحاكم النفـقة من ماله، فإن لم يجـد إلا عروضًا أو عقـارًا باعها فى ذلك، وبهذا قـال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وقال أبو حنيـفة: النفقة فى ماله من الدنانير والدراهم ولا يبيع عرضًـا إلا بتسليم، لأن بيع مال الإنسان لا ينفـذ إلا بإذنه أو إذن وليه ولا ولاية على الرشيد.

ولنا: قول النبى ﷺ لهند: «خذى ما يكفيك» ولم يفـرق ولأن ذلك مال له فتؤخذ منه

وإن وطئها زوجها فى العدة الرجعية حصلت الرجعة، وإن قلنا: لا تحصل، فالنسب لاحق به وعليه النفقة لمدة حملها، وإن وطئها بعد انقضاء عدتها أو وطئ البائن عالمًا بذلك فهو زنا لا يلحقـه نسب الولد ولا نفقة له عليـه من أجله وإن جهل بينونتهـا أو انقضاء عـدة الرجعى أو تحريم ذلك وهو ممن يجهله لحقه النسب وفى وجوب النفقة عليه روايتان.

14- مـسألة: **(وهل تجب النفقة للحامل لحملها أو لها من أجله؟ على روايتين)**.

إحداهـما: تجب للحمل اختارها أبو بكر، لأنها تجب بوجـوده وتسقط عند انقضائه فدل على أنها له، والثانـية: تجب لها من أجله، لأنها تجب مع اليسار والإعسار فكانت لها كنفقة الزوجات، ولأنهـا لا تسقط بمـضى الزمان فـأشبهت نفـقتـها فى حيـاته، وللشافـعى قولان كالروايتيـن، وينبنى على هذا الاختلاف فروع: منهـا أنها إذا كانت المطلقة الحـامل أمة وقلنا النفقة لتحمل نفقتها على سـيدها، لأنه ملكه، وإن قلنا: لها، فعلى الزوج، لأن نفقتها عليه، وإن كان الزوج عبدًا وقلنا: هى للحمل، فليس عليـه نفقة لأنه لا يلزمه نفقة ولده، وإن قلنا: لها، فالنفـقة عليه لما ذكـرنا، وإن كانت حاملاً من نكاح فـاسد أو وطء شبهة وقلـنا: النفقة للحمل، فعلى الزوج والواطئ، لأنه ولده فلزمته نفقـته كما بعد الوضع، وإن قلنا: للحامل، فلا نفقـة عليه، لأنها ليست زوجة يجـب الإنفاق عليها، وإن نشزت امـرأة إنسان وهى حامل وقلنا: النفقة للحمل، لم تسـقط نفقتها، لأن نفقة ولده لا تسـقط بنشوز أمه، وإن قلنا: لها، فلا نفقة لها، لأنها ناشز.

النفقة كالدراهم والدنانير وللحاكم ولاية عليه إذا امتنع بدليل ولايته على دراهمه ودنانيره، وإن تعذرت النفقة فى حال غيبته وله وكـيل فحكم وكيله حكمه فى المطالبة والأخذ من المال عند امتناعه، وإن لم يكن له وكيل ولم تقدر المرأة على الأخذ أخذ لها الحاكم من ماله ويجوز بيع عقـاره وعروضه فى ذلك إذا لم تجـد ما تنفق سواه وينفق على المـرأة يومًا بيوم، وبهـذا قال الشافعى ويحيى بن آدم وقال أصحاب الرأى: يفرض لها فى كل شهر.

ولنا: أن هذا تعجيل للنفقة قبل وجوبها فلم يجز كما عجل لها نفقة زيادة عن شهر.

فـصل: وإن غيب ماله وصبر على الحبس ولم يقدر الحـاكم له على مال يأخذه أو لم يقدر على أخذ النفقة من مال الغائب فلها الخيار فى الفسخ فى ظاهر قول الخرقى واختيار أبى الخطاب، واختار القـاضى أنها لا تملك الفسخ، وهو ظاهر مذهب الشـافعى، لأن الفسخ فى المعسر لعـيب الإعسار ولم يوجد هـهنا، ولأن الموسـر فى مظنة إمكان الأخذ من ماله، وإذا امتنع فى يوم فربما لا يمتنع من الغد بخلاف المعسر.

ولنا: أن عمر ﷺ كتب فى رجال غابوا عن نسـائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا، وهذا إجبـار على الطلاق عند الامتناع مـن الإنفاق، ولأن الإنفاق عليـها من مـاله يتعذر فـكان لها الخيار كحال الإعسار بل هذا أولى بالفسخ، فإنه إذا جاز الفسخ على المعذور فعلى غيره أولى ولأن فى الصبـر ضررًا أمكن إزالته بالفسخ فـوجبت إزالته، ولأنه نوع تعذر يجـوز الفسخ فلم

فـــصل: ويلزم الزوج دفع نفقـة الحامل المطلقة إليهـا يومًا فيومًـا كما يلزمه دفع نـفقة الرجعـيـة، وقال الشافعى فى أحد قـوليه: لا يلزمه دفعها إليها حـتى تضع لأن الحمل غير متحقق ولهذا وقفنا الميراث وهذا خلاف قول الله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦) ولأنها محكوم لها بالنفقة فوجب دفعـها إليها كالرجعية وما ذكره لا يصح فـإن الحمل يثـبت بالأمارات وثبت أحكامـه فى منع النكاح والحد والقـصاص وفسخ البـيع فى الجارية المـبيعـة والمنع من الأخذ فى الزكـاة ووجوب الدفع فى الدية فـهو كالمتحقق، ولا يشبه هذا الميراث فإن المـيراث لا يثبت بمجرد الحمل فإنه يشترط له الوضع والاستهلاك بعد الوضع ولا يوجد ذلك قبله، ولأننـا لا نعلم صفة الحمل ووجود شرط توريثه بخلاف مسألتنا فإن النفقة تجب بمجرد الحمل ولا تختلف باختلافه، إذا ثبت هذا فمتى ادعت الحمل فصدقها دفع إليها، فإن كان حملاً فـقد استوفت حقها وإن بان أنها ليست حاملاً رجع عليها سواء دفع إليها بحكم حاكم أو بغيره سواء شرط أنها نفقة أو لم يشرط، وعنه لا يرجع، والصحيح الأول لأنه دفـعه على أنه واجب فإذا بان أنه ليس بواجب اسـترجعه كمـا لو قضاها دينًا فبان أنــه لم يكن عليه دين، وإن أنكر حملها نظر النسـاء الثقات فرجع إلى قـولهن ويقبل قول المرأة الواحدة إذا كانت من أهل الخبرة والعدالة لأنها شهادة على ما لا يطلع عليه الرجال غالبًا أشبه الرضاع وقد ثبت الأصل بالخبر المذكور.

يفترق الحال بين الموسر والمعسر كما إذا أدى ثمن المبيع فإنه لا فرق فى جواز الفسخ بين أن يكون المشترى معسراً وبين أن يهرب قبل أداء الثمن، وعيب الإعسار إنما جوز الفسخ لتعذر الإنفاق بدليل أنه لو اقترض ما ينفق عليها أو تبرع له إنسان بدفع ما ينفقه لم تملك الفسخ، وقولهم: إنه يحتمل أن ينفق فيما بعد هذا، قلنا: وكذلك المعسر يحتمل أن يغنيه الله وأن يقترض أو يعطى ما ينفقه فاستويا.

فصل: ومن وجبت عليه نفقة امرأته، وكان له عليها دين فأراد أن يحتسب عليها بدينه مكان نفقتها فإن كانت موسرة فله ذلك، لأن من عليه حق فله أن يقضيه من أى أمواله شاء، وهذا من ماله، وإن كانت معسرة لم يكن له ذلك، لأن قضاء الدين إنما يجب فى الفاضل من قوته، وهذا لا يفضل عنها، ولأن الله تعالى أمر بإنظار المعسر بقوله سبحانه: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ (البقرة: ٢٨٠) فيجب إنظارها بما عليها.

فصل: وكل موضع ثبت لها الفسخ لأجل النفقة لم يجز إلا بحكم الحاكم، لأنه فسخ مختلف فيه افتقر إلى الحاكم كالفسخ بالعنة، ولا يجوز له التفريق إلا أن تطلب المرأة ذلك، لأنه لحقها فلم يجز من غير طلبها كالفسخ للعنة، فإذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة له فيه، وبهذا قال الشافعي وابن المنذر، وقال مالك: هو تطليقة، وهو أحق بها إن أيسر فى عدتها، لأنه تفريق لامتناعه من الواجب عليه لها فأشبه تفريقه بين المولى وامرأته إذا امتنع من الفيئة والطلاق.

15- مسألة: (وأما المتوفى عنها زوجها فإن كانت حائلاً فلا سكنى لها ولا نفقة فى مدة العدة لأن النكاح قد زال بالموت، وإن كانت حاملاً ففيها روايتان):

إحداهما: لها السكنى والنفقة لأنها حامل من زوجها فكانت لها السكنى والنفقة كالمفارقة فى الحياة، **والثانية:** لا سكنى لها ولا نفقة لأنه قد صار للورثة ونفقة الحامل وسكناها إنما هو للحمل أو من أجله ولا يلزم ذلك الورثة لأنه إن كان للميت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه وإن لم يكن له ميراث لم يلزم وارث الميت الإنفاق على امرأته كما بعد الولادة، قال القاضى: وهذه الرواية أصح.

فصل: ولا تجب النفقة على الزوج فى النكاح الفاسد لأنه ليس بينهما نكاح صحيح فإن طلقها أو فرق بينهما قبل الوطء فلا عدة عليها وإن كانت بعده فعليها العدة ولا نفقة لها ولا سكنى إن كانت حائلاً، لأنه إذا لم يجب ذلك قبل التفريق فبعده أولى، وإن كانت حاملاً فعلى ما ذكرنا، فإن قلنا لها النفقة إذا كانت حاملاً فلها ذلك قبل التفريق فقبله أولى، ومتى أنفق عليها قبل مفارقتها أو بعدها لم يرجع عليها بشىء، لأنه إن كان عالمًا بعدم الوجوب فهو متطوع به، وإن لم يكن عالمًا فهو مفرط فلم يرجع به كما لو أنفق على أجنبية، وكل معتدة من وطء من غير نكاح صحيح كالموطوءة بشبهة وغيرها إن كان يلحق الواطئ نسب ولدها

ولنا: أنها فرقة لعجزه عن الواجب لها عليه أشبهت فرقة العنة، فأما إن أجبره الحاكم على الطلاق فطلق أقل من ثلاث فله الرجعة عليها ما دامت فى العدة، فإن راجعها وهو معسر أو امتنع من الإنفاق عليها ولم يمكن الأخذ من ماله فطلبت المرأة الفسخ، فللحاكم الفسخ لأن المقتضى له باق أشبه ما قبل الطلاق.

فصل: وإن رضيت بالمقام معه مع عسرته أو ترك إنفاقه ثم بدا لها الفسخ أو تزوجت معسرًا عالمة بحاله راضية بعسرته وترك إنفاقه أو شرط عليها أن لا ينفق عليها ثم عن لها الفسخ فلها ذلك، وبهذا قال الشافعى، وقال القاضى ظاهر كلام أحمد ليس لها الفسخ ويبطل خيارها فى الموضعين وهو قول مالك لأنها رضيت بعيبه ودخلت فى العقد عالمة به فلم تملك الفسخ كما لو تزوجت عنينًا عالمة بعنته أو قالت بعد العقد قد رضيت به عنينًا.

ولنا: أن وجوب النفقة يتجدد فى كل يوم فيتجدد لها الفسخ ولا يصح إسقاط حقها فيما لم يجب لها كإسقاط شفعتها قبل البيع ولذلك لو أسقطت النفقة المستقبلة لم تسقط ولو أسقطتها أو أسقطت المهر قبل النكاح لم يسقط وإذا لم يسقط وجوبها لم يسقط الفسخ الثابت به، وإن أعسر بالمهر وقلنا لها الفسخ لإعساره به فرضيت بالمقام لم يكن لها الفسخ، لأن وجوبه لم يتجدد بخلاف النفقة ولو تزوجته عالمة بإعساره بالمهر راضية بذلك فينبغى أن لا تملك الفسخ بإعساره به لأنها رضيت بذلك فى وقت لو أسقطته فيه سقط.

فصل: إذا رضيت بالمقام مع ذلك لم يلزمها التمكين من الاستمتاع لأنه لم يسلم إليها عوضه فلم يلزمها تسليمه ، كما لو أعسر المشترى بثمن المبيع لم يجب تسليمه إليه وعليه

فهى كالموطوءة فى النكاح الفاسد، وإن كان لا يلحقه نسب ولدها كالزانى فليس عليه نفقتها حاملاً كانت أو لا، لأنه لا نكاح بينهما ولا بينهما ولد ينسب إليه.

فصل: ولا تجب على الزوج نفقة الناشز ، فإن كان لها منه ولدًا أعطاها نفقة ولدها، والنشوز: معصيتها إياه فيما يجب عليها مما أوجبه الشرع بسبب النكاح، فمتى امتنعت من فراشه، أو من الانتقال معه إلى مسكن مثلها، أو خرجت من منزله بغير إذنه، أو أبت السفر معه إذا لم تشترط بلدها فلا نفقة لها ولا سكنى فى قول عامة أهل العلم منهم الشعبى وحماد ومالك والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى وأبو ثور، وقال الحكم: لها النفقة، قال ابن المنذر: ولا أعلم أحدًا خالف هؤلاء إلا الحكم، ولعله يحتج بأن نشوزها لا يسقط مهرها فكذلك نفقتها.

ولنا: أنه إنما تجب فى مقابلة تمكينها بدليل أنها لا تجب قبل تسليمها إليه، ولأنه إذا منعها النفقة كان لها منعه التمكين فكذلك إذا منعه التمكين كان له منعها النفقة كما قبل الدخول، ويخالف المهر فإنه يجب مجرد العقد، وكذلك لو مات أحدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة، فأما نفقة ولدها منه فهى واجبة عليه فلا يسقط حقها بمعصيتها كالكبير،

تخلية سبيلها لتكتسب لها وتحصل ما تنفقه على نفسها لأن فى حبسها بغير نفقة إضراراً بها، ولو كانت موسرة لم يكن له حبسها لأنه إنما يملك حبسها إذا كفاها المئونة وأغناها عما لا بد لها منه ولحاجته إلى الاستمتاع الواجب عليها فإذا انتفى الأمران لم يملك حبسها.

فـصل: ومن ترك الإنفاق الواجب لامرأته مدة لم يسقط بذلك وكان دينًا فى ذمته، سواء تركه لعذر أو غير عذر فى أظهر الروايتين، وهـذا قول الحسن ومالك والشافعى وإسحاق وابن المنذر، والرواية الأخرى تسقـط نفقتها ما لـم يكن الحاكم قد فرضهـا لها، وهذا مذهب أبى حنيفة لأنها نفقة تجب يومًا فيومًا فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم كنفقة الأقارب، ولأن نفقة الماضى قد استغنى عنها بمضى وقتها فتسقط كنفقة الأقارب.

ولنا: أن عمر ﷺ كتب إلى أمراء الأجناد فى رجال غـابوا عن نسائهم يأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقـوا بعثوا بنفقة مـا مضى، ولأنها حق يجب مع اليسار والإعـسار فلم يسقط بمـضى الزمان كـأجرة العـقار والـديون: قال ابن المنذر هذه نفـقـة وجبت بالكتـاب والسنة والإجماع ولا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بمثلهـا، ولأنها عوض واجب فأشبهت الأجرة، وفارق نفقة الأقارب، فـإنها صلة يعتبر فيها اليسار من الـمنفق والإعسار ممن تجب له وجبت لتزجيه الحال، فإذا مـضى زمنها استغنى عنها فأشبه ما لو استـغنى عنها بيساره، وهذه بخلاف ذلك، إذا ثبت هذا فإنه ترك الإنفاق عليها مع يساره فعليه النـفقة بكمالها، وإن تركها لإعساره لم يلزمه نفقة المعسر، لأن الزائد سقط بإعساره.

وعليه دفعها إليـها إذا كانت هى الحاضنة له أو المرضعة، وكذلك أجر رضاعـها يلزمه تسليمه إليها، لأنه أجر ملكته عليه بالإرضاع لا فى مقابلة الاستمتاع فلا يزول بزواله.

فصل: وإذا سقطت نفقتها بالنشوز فعادت عن النشوز والزوج حاضر عادت نفقتها لزوال المسقط لهـا ووجود التمكين المقـتضى لها، وإن كان غائبًا لم تعد نفقـتها حتى يعود التسليم بحضـوره أو حضـور وكيله أو حكم الحـاكم بالوجوب إذا مـضى زمن الإمكان، ولو ارتدت سقطت نفقتها، فإن عادت إلى الإسلام عادت بمـجرد عودها، لأن المرتدة إنما سقطت نفقتها لخروجها عن الإسلام، فإذا عادت إليه زال المعنى المـسقط فعادت النفقة وفى النشوز سقطت النفقة بخروجـها عن يده أو منعها له من التمكين المستـحق عليها، ولا يزول ذلك إلا بعودها إلى يده وتمكينه منها ولا يحصل ذلك فى غـيبته، وكذلك لو بذلت تسليم نفسـها قبل دخوله بها وهو غائب لم تستحق النفقة بمجرد البذل كذا هـهنا.

فـصل: إذا خالعت المرأة زوجها وهى حامل ولم تبرئه من حـملها فلها النفقة كالمطلقة ثلاثًا وهى حـامل، لأن الحمل ولده فعليه نفقته، وإن أبرأته من الحمل عوضًا فى الخلع صح سواء كـان العوض كله أو بعضـه، وقد ذكرناه فى الخلع وذكرنـا الخلاف فيه، ولا تبـرأ حتى تفطمه إذا كـانت قد أبرأته من نفقة الحـمل وكفالة الولد إلى ذلك أو أطلقت البراءة مـن نفقة

فصل: ويصح ضمان النفقة ما وجب منها وما يجب فى المستقبل إذا قلنا: إنها تثبت فى الذمة، وقال الشافعى: يصح ضمان ما وجب وفى ضمان المستقبل وجهان بناءً على أن النفقة هل تجب بالعقد أو بالتمكين، ومبنى الخلاف على ضمان ما لم يجب إذا كان مآله إلى الوجوب، فعندنا يصح وعندهم لا يصح، وقد ذكرنا ذلك فى باب الضمان(١٣).

فصل: وإن أعسر بنفقة الخادم أو الأدم أو المسكن ثبت ذلك فى ذمته، وبهذا قال الشافعى، وقال القاضى لا يثبت لأنه من الزوائد فلم يثبت فى ذمته كالزائد عن الواجب عليه.

ولنا: أنها نفقة تجب على سبيل العوض فتثبت فى الذمة كالنفقة الواجبة للمرأة قوتًا، وفارق الزائد عن نفقة المعسر فإنه يسقط الإعسار.

فصل: وإذا أنفقت المرأة على نفسها من مال زوجها الغائب ثم بان أنه قد مات قبل إنفاقها حسب عليها ما أنفقته من ميراثها، سواء أنفقته بنفسها أو بأمر الحاكم، وبهذا قال أبو العالية ومحمد بن سيرين والشافعى وابن المنذر، ولا أعلم عن غيرهم خلافهم، لأنها أنفقت ما لا تستحق، وإن فضل لها شىء فهو لها، وإن فضل عليها شىء وكان لها صداق أو دين على زوجها حسب منه، وإن لم يكن لها شىء من ذلك كان الفضل دينًا عليها، والله أعلم.

فصل: وإن أعسر الزوج بالصداق ففيه ثلاثة أوجه: أصحها: ليس لها الفسخ، وهو اختيار ابن حامد، والثانى: لها الفسخ وهو اختيار أبى بكر، لأنه أعسر بالعوض فكان لها الرجوع فى المعوض كما لو أعسر بثمن مبيعها، والثالث: إن أعسر قبل الدخول فلها الفسخ

الحمل وكفالته، لأن البراءة المطلقة تنصرف إلى المدة التى تستحق المرأة العوض عليه فيها، وهى مدة الحمل والرضاع، لأن المطلق إذا كان له عرف انصرف إليه، وإن اختلفا فى مدة الرضاع انصرف إلى حولين لقول الله سبحانه: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ (لقمان: ١٤) وقال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ (البقرة: ٢٣٣) ثم قال تعالى. ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾ (البقرة: ٢٣٣) فدل على أنه لا يجوز فصاله قبل الحولين إلا بتراض منهما وتشاور، وإن قدرا مدة البراءة بزمن الحمل أو بعام أو نحو ذلك فهو على ما قدراه وهو أولى لأنه أقطع للنزاع وأبعد من اللبس والاشتباه، ولو أبرأته من نفقة الحمل انصرف ذلك إلى زمن الحمل قبل وضعه، قال القاضى: إنما صح مخالعتها على نفقة الولد وهى للولد دونها لأنها فى حكم المالكة لها لأنها التى تقبضها وتستحقها وتتصرف فيها فإنها فى مدة الحمل هى الآكلة لها المنتفعة بها وبعد الولادة هى أجر رضاعها إياه وهى الآخذة لها المتصرفة فيها فصارت كملك من أملاكها فصح جعلها عوضًا، فأما النفقة الزائدة على هذا من كسوة الطفل ودهنه ونحو ذلك فلا يصح أن تعاوض به فى الخلع لأنه ليس هو لها ولا فى حكم ما هو لها.

---

(١٣) انظر باب الضمان مسألة رقم (٨٢٢) (٦/ ٣٥٠).

كما لـو أفلس المشترى والمـبيع بحاله، وإن كان بعـد الدخول لم تملك الفسخ لأن المـعقود عليه قد استوفى فأشبه ما لو أفلس المشترى بعد تلف المبيع أو بعضه.

ولنا: أنه دين فلم يفسخ النكاح للإعسار به كالنفقة المـاضية، ولأن تأخيره ليس فيه ضرر مجحف فـأشبه نفقة الخـادم والنفقة الماضيـة ولأنه لا نص فيه، ولا يصح قيـاسه على الثمن المبيع، لأن الثمن كل مقصود البائع والعـادة تعجيله والصداق فضلة ونحلة ليس هو المقصود فى النكاح، ولذلك لا يفسـد النكاح بفساده ولا بترك ذكـره، والعادة تأخيره، ولأن أكـثر من يشترى بثمن حال يكون موسراً به، وليس الأكثر أن من تزوج بمهر يكون موسراً به، ولا يصح قيـاسه على النـفقة، لأن الضـرورة لا تندفع إلا بهـا بخلاف الصـداق فأشبـه شىء به النفـقة الماضية، وللشافعى نحو هذه الوجوه، وإذا قلنا: لها الفسخ للإعسار به فتزوجته عالمة بعسرته فلا خـيار لها وجهًـا واحدًا، لأنها رضـيت به كذلك، وكذلك إن علمت عـسرته بعد العـقد فرضيت بالمقام سقط حقها من الفسخ، لأنها رضـيت بإسقاط حقها بعد وجوبه فسقط كما لو رضيت بعيبه(١٤).

فـصل: ونفقة الأمة المزوجـة حق لها ولسيدها، لأن كل واحد منهما ينتفع بها، ولكل واحد منهـما طلبـها إن امـتنع الزوج من أدائها، ولا يملك واحـد منهمـا إسقـاطها، لأن فى سقوطهـا بإسقاط أحدهمـا ضرراً بالآخر، وإن أعسـر الزوج بها فلها الفسخ، لأنـه عجز عن

فـصل: قال الشيخ رحمه الله: (ويجب دفع النفقة إليها فى صدر نهار كل يوم وذلك إذا طلعت الشمس).

لأنه أول وقت الحاجة فـإن اتفقا على تأخيرها أو تعـجيلها لمدة قليلة أو كثـيرة جاز لأن الحق لهما لا يخرج عنهـا فجاز من تعجيله وتأخيره ما اتفقـا عليه كالدين ولا خلاف بين أهل العلم فى هذا فيما علمنا.

16- **مـسألة:** (فإن طلب أحدهما دفع القيمة لم يلزم الآخر).

لأنه طلب غير الواجب فلم يلزم الآخر لأنها معاوضة فلا يجبر عليها واحد منهما كالبيع، وإن تراضيـا على ذلك جاز لأنه طعام وجب فى الذمـة لآدمى معين فـجازت المعـاوضة عنه كالطعام فى القرض.

17- **مـسألة:** (وعليه كسوتها فى كل عام مرة).

لأنه العادة ويكون الدفع إليها فى أوله لأنه أول وقت الوجوب.

18- **مـسألة:** (فإذا قبضتها فسرقت أو تلفت لم يلزمه عوضها).

إذا تلفت الكسوة أو سرقت بعـد قبضها لم يلزمه عـوضها لأنها قبضت حقـها فلم يلزمه غيره كالدين إذا وفاها إياه ثم ضاع منها.

---

(١٤)بعيبه: فى بعض النسخ: بِعُنَّتِهِ.

نفقتها فملكت الفسخ كالحرة، وإن لم تفسخ فقال القاضى: لسيدها الفسخ لأنه عليه ضرراً فى عدمها لمـا يتعلق بفواتها من فوات ملكه وتلفه، فـإن أنفق عليها سيدها محتـسباً بالرجوع فله الرجوع بها على الزوج رضيت بذلك أو كرهت، لأن الدين خالص حقه لا حق لها فيه، وإنما تعلق حقها بالنفقة الـحاضرة لوجوب صرفها إليها وقوام بدنها بهـا بخلاف الماضية، وقال أبو الخطاب وأصحـاب الشافعى ليس لسيـدها الفسخ لعسرة زوجـها بالنفقة، لأنهـا حق لها فلم يملك سيدها الفسخ دونها كالفسخ للعيب. فـإن كانت معتوهة أنفق المولى وتكون النفقة ديناً فى ذمة الزوج، وإن كانت عاقلة قال لها السيد: إن أردت النفقة فافسخى النكاح وإلا فلا نفقة لك عندى.

فـصل: **وإن اختلف الزوجان فى الإنفاق عليها أو فى تقبيضها نفقتها فالقول قول المرأة،** لأنها منكرة، والأصل معها، وإن اختلفا فى التمكين المـوجب للنفقة أو فى وقته فقالت: كان ذلك من شهر فقال: بل من يوم فالقول قوله، لأنه منكر، والأصل معه، وإن اختلفا فى يساره فادعته المرأة أو الزوج ليفرض لها نفقة الموسرين أو قالت كنت موسراً وأنكر ذلك، فإن عرف له مال، فالقول قـولها وإلا فالقول قوله، وبهذا كله قال الشـافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى، وإن اختلفا فى فـرض الحاكم للنفقة أو فى وقـتها فقال: فـرضها منذ شهـر، فقالت: بل منذ عام، فالـقول قوله، وبهذا قـال الشافعى وأصحـاب الرأى، قال مالك: إن كان مـقيماً مـعها فالقول قوله، وإن كان غائباً عنها فالقول قول المرأة من يوم رفعت أمرها إلى الحاكم.

ولنا: أن قوله يوافق الأصل فـقدم كما لو كـان مقيمًـا معها، وكل من قلنا: القـول قوله

19- مسألة: **(وإن انقضت السنة وهى صحيحة فعليه كسوة السنة الأخرى ويحتمل أن لا يلزمه).**

وجــملة ذلك: أنه إذا دفع إليها كسـوة العام برئ منها كما إذا دفع إليها نفـقة اليوم، فإن بليت قبـل ذلك لكثرة خروجـها ودخـولها أو استـعمالهـا لم يلزمه إبدالهـا، لأنه ليس بوقت الحاجة إلى الكسوة فى العرف، وإن مضى الزمان الذى يلى فى مثله بالاستعمال ولم يبل فهل يلزمه بدلها؟ فيه وجهان: **أحدهما:** لا يلزمه، لأنها غير محتاجة إلى الكسوة، **والثانى:** يلزمه، لأن الاعتبار بمضى الزمان دون حقيقـة الحاجة، بدليل أنها لو بليت قبل ذلك لم يلزمه بدلها، ولو أهدى إليها كـسوة لم تسقط كسوتها، كـذلك لو أهدى إليها طعام فأكلتـه وبقى قوتها إلى الغد لم يسقط قوتها فيه.

20- مـسألة: **(وإن ماتت أو طلقها قبل مضى السنة فـهل يرجع عليها بقسط بقية السنة؟ على وجهين):**

أحدهما: له الرجوع، لأنه دفعها للزمان المستقبل فإذا طلقها قبل مضيه كان له استرجاعها كما لو دفع إليها نفقة مدة ثم طلقها قبل انقضائها، **والثانى:** ليس له الاسترجاع، لأنه دفع إليها

فلخصمه عليه اليمين، لأنها دعـاوى فى المال فأشبهت دعوى الدين، ولأن النبى ﷺ قال: «ولكن اليمين على المدعى عليه»(١٥) وإن دفع الزوج إلى امرأته نفقة وكسوة أو بعث به إليها فقالت: إنمـا فعلت ذلك تبرعًا وهبـة، وقال: بل وفاء للواجب علىّ فالقـول قوله، لأنه أعلم بنيتـه أشبـه ما لو قضى دينه واخـتلف هو وغريمـه فى نيته، وإن طلق امـرأته وكانت حـاملاً فوضعت فـقال طلقتك حامـلاً فانقضت عدتك بوضع الحـمل، وانقضت نفقتـك ورجعتك، وقالت: بل بعد الوضع فلى النفقة، ولك الرجعة فـالقول قولها، لأن الأصل بقاء النفقة وعدم المسقط لهـا وعليها العدة ولا رجعة للزوج لإقـراره بعدمها، وإن رجع فصدقهـا فله الرجعة، لأنها مقرة له بهـا، وإن قال: طلقتك بعد الوضع فلى الرجعة، ولك الـنفقة، وقالت: بل وأنا حامل فالقـول قوله، لأن الأصل بقاء الرجعة ولا نـفقة ولا عدة عليهـا، لأنها حق الله تعالى فالقول قولها فيها، وإن عاد فصدقـها سقطت رجعته ووجب لها النفقة هذا فى ظاهر الحكم، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبنى على ما يعلمه من حقيقة الأمر دون ما قاله.

فـصـل: وإن طلق الرجل امرأته فادعت أنها حامل لتكون لها النفقة أنفق عليها ثلاثة أشهر ثم ترى القـوابل بعـد ذلك، لأن الحمل يبين بعد ثلاثة أشهـر إلا أن تظهر براءتها من الحمل بالحيض أو بغيره فتنقطع نفقتها كمـا تنقطع إذا قالت القوابل: ليست حاملاً، ويرجع عليها بما أنفق، لأنها أخذت منه ما لا تستحقه فـرجع عليها كما لو ادعت عليه دينًا وأخذته منه ثم تبين كذبها.

وعن أحمد رواية أخرى: لا يرجع عليها، لأنه أنفق عليها بحكم آثار النكاح فلم يرجع به

الكسوة بعد وجـوبها عليه فلم يكن له الرجوع فـيها كما لو دفع إليـها النفقة بعـد وجوبها ثم طلقها قبل أكلها بخلاف النفقة المستقبلة.

21- **مـسـألة:** (وإذا قبضت النـفقة فلها التصـرف فيها على وجع لا يضـر بها ولا ينهك بدنها، فيجوز لها بيعها وهبتها والصدقة بها وغير ذلك).

لأنها حقها فملكت التصرف فيه كسائر مالها، فإن عاد ذلك عليها بضرر فى بدنها ونقص فى استـمتـاعها فـلا تملكه، لأنها تفـوت حقه بـذلك، وكذلك الحكم فى الكسـوة فى أحد الوجهين قـياسًا على النفقة، واحـتمل المنع، لأن له استرجـاعها لو طلقها فى أحـد الوجهين بخلاف النفقة.

22- **مسألة:** (وإن غاب مدة ولم ينفق فعليه نفقة ما مضى سواء تركها لعذر أو غير عذر فى أظهر الروايتين).

وبه قال الحـسن والشافعى وإسـحاق وابن المنذر، والرواية الأخرى: تسـقط ما لم يكن الحاكم قد فرضها لهـا، وهو مذهب أبى حنيفة، لأنها نفقة تجب يومًا فيومًا فـتسقط بتأخيرها

---

(١٥) تقدم برقم (٢٤) مسألة رقم (٧٩٨).

كالنفقة فى النكاح الفاسد إذا تبين فساده وإن علمت براءتها من الحمل بالحيض فكتمته فينبغى أن يرجع عليها قولاً واحداً أخذت النفقة مع علمها ببراءتها(١٦)، كما لو أخذتها من ماله بغير علمه، وإن ادعت الرجعية الحمل فأنفق عليها أكثر من مدة عدتها رجع عليها بالزيادة، ويرجع فى مدة العدة إليها لأنها أعـلم بها فالقول قولها فيها مع يمينهـا، فإن قالت قد ارتفع حيضى، ولم أدر ما رفـعه فعدتهـا سنة إن كانت حرة، وإن قـالت: قد انقضت بثلاثة قـروء، وذكرت آخرها فلها النفـقة إلى ذلك ويرجع عليها بالزائد، وإن قالت: لا أدرى مـتى آخرها رجعنا إلى عادتها فحسبنا لها بها، وإن قالت: عادتى تختلف فتطول وتقصر انقضت العدة بالأقصر، لأنه اليقين، وإن قـالت: عادتى تختلف، ولا أعلم رددناها إلى غالب عادات النسـاء فى كل شهر قرء، لأنا رددنا المتحيرة إلى ذلك فى أحكامها فكذلك هذه، وإن بان أنها حامل من غيره مثل أن تلده بعد أربع سنين فـلا نفقة عليه لمـدة حملها، لأنه من غيـره، وإن كانت رجعيـة فلها النفقة فى مدة عدتها، فإن كانت انقضت قبل حملها فلها النفقة إلى انقضائها، وإن حملت فى أثناء عدتها فلها النفـقة إلى الوطء الذى حملت ثم لا نفقة لها حتـى تضع حملها ثم تكون لها النفقة فى تمـام عدتها، وإن وطئها زوجهـا فى العدة الرجعية حـصلت الرجعة، وإن قلنا: لا تحصل فالنسب لاحق به، وعليه النفـقة لمدة حملها، وإن وطئها بعد انـقضاء عدتها أو وطئ البائن عالمًا بذلك وبتحريمه فهـو زنا لا يلحقه نسب الولد ولا نفقة عليه من أجله، وإن جهل بينونتهـا أو انقضاء عدة الرجعـية أو تحريم ذلك وهو ممـن يجهله لحقه نسـبه، وفى وجوب النفقة عليه روايتان.

إذا لم يفرضـها الحاكم كنفـقة الأقارب، ولأن نفـقة الماضى قـد استغنى عنهـا بمضى وقتـها أشبهت نفقة الأقارب.

ولنا: أن عمر رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد فى رجال غـابوا عن نسائهم يأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة مـا مضى، ولأنها حق يجب مع اليسار والإعسار فلم يسقط بمـضى الزمان كـأجرة العـقار والديون، قـال ابن المنذر: هذه نفقـة وجبت بالكتـاب والسنة والإجماع، ولا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بمثلها، وفارق نفقة الأقارب، فإنها صلة يعتبر فيها اليسار من المنفق والإعسار ممن تجب له وجـبت لتزجية الحال، فإذا مضى زمنها استغنى عنها فأشـبه ما لو استغنى عنهـا بيساره، وهذا بخلاف ذلك، إذا ثبت هذا فـإنه إن ترك النفقة عليها مع يساره فعليه النفقة بكمالها، وإن تركها لإعساره لم يلزمه إلا نفقة المعسر، لأن الزائد سقط بالإعسار.

فـصل: **والذمية كالمسلمة فى النفقـة والمسكن والكسوة فى قول عامة أهل العلم،** وبه يقول مالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لعموم النصوص والمعنى.

---

(١٦) فى بعض النسخ: ببراءته.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: إذا بذلت المرأة تسليم نفسها إليه، وهى ممن يوطأ مثلها أو يتعذر وطؤها لمرض أو حيض أو رتق أو نحوه لزم زوجها نفقتها سواء كان الزوج صغيرًا أو كبيرًا يمكنه الوطء أو لا يمكنه كالمجبوب والعنين والمريض.

وجملـته: أن المرأة إذا بذلت تسليم نفسها، وهى ممن يوطأ مثلهـا لزم زوجها نفقتها لما روى جابر أن رسول الله ﷺ قال: «اتقوا الله فى النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» رواه مسلم.

23- **مسألة:** **(وإن سلمت نفسها، وهى ممن يتعذر وطؤها لرتق أو حيض أو نفاس أو لكونها نضوة الخلق لا يمكنه وطؤها لذلك أو لمرضها، لزمته نفقتها أيضًا، وإن حدث بها شىء من ذلك لم تسقط نفقتها).**

لأن الاستمتاع ممكن ولا تفريط من جهتها، وإن منع من الوطء، **فإن قيل:** فالصغيرة التى لا يمكن وطؤها إذا سلمت نفسـها لا تجب نفقـتها، **قلنا:** الصغـيرة لها حـال يتمكن من الاستمتـاع بها فيها استـمتاعًا تامًا، والظاهر: أنه تزوجهـا انتظارًا لتلك الحال بخلاف هؤلاء، وكذلك لو طلب تسليم هؤلاء وجب تسليمهن، ولا يجب تسليم الصغيرة إذا طلبها، **فإن قيل:** فلو بذلت الصحيحة الاستمتـاع مما دون الوطء لم تجب نفقتها فكذلك هؤلاء، **قلنا:** أتلـك متعة مـما يجب عليها، وهؤلاء لا يجب عليهم التـمكين مما فيه ضرر، فـإن ادعت أن عليها ضررًا فى وطئه لضيق فـرجها أو قروح به أو نحو ذلك وأنكره أريت امرأة ثقـة وعمل بقولها، وإن ادعت عيالة ذكره وعظمه جاز أن تنظر المرأة إليهما حال اجتماعهما، لأنه موضع حاجة، ويجوز النظر إلى العورة للحاجة والشهادة.

24- **مسألة:** **(وإن أسلمت نفسها وهى صغيرة وجبت عليه نفقتها إذا كانت كبيرة يمكن وطؤها).**

وبهذا قال أبو حنيـفة ومحمد بن الحـسن والشافعى فى أحد قوليـه، وقال فى الآخر: لا نفقة لها، وهـو قول مالك، لأن الزوج لا يتمكن من الاستمـتاع بها فلم يلزمه نفقتـها كما لو كانت صغيرة.

ولنا: أنها سلمت نفسها تسليمًا صحيحًا فوجبت لها النفقة كما لو كان الزوج كبيرًا، ولأن الاستمتاع بها ممكن، وإنما تعذر من جهة الزوج فـهو كما لو تعذر لغيبته بخلاف ما إذا كانت صغيرة، فـإنه لم تسلم نفسها تسليمًا صـحيحًا، ولم تبذل ذلك، وكذلك إذا كـان يتعذر عليه الوطء إذا كان مريضًا أو مجبوبًا أو عنينًا، لأن التمكين وجد من جـهتها، وإنما تعذر من جهته فوجبت النفقة كـما لو سلمت إليه نفسها وهو كبير فـهرب، إذا ثبت هذا فإن الولى يجبر على نفقتـها من مال الصبى، لأن النفقـة عليه، وإنما الولى ينوب عنه فى أداء الواجبات عليـه كما يؤدى أروش جناياته وزكواته.

25- مسألة: **(فإن كانت صغيرة لا يمكن وطؤها لم تجب نفقتها ولا تسليمها إليه إذا طلبها).**

وبهذا قال الحسن وبكر بن عبد الله المزنى والنخعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وهو نص الشافعى، وقال فى موضع: لو قيل لها: النفقة كان مذهبًا، وهو قول الثورى، لأن تعذر الوطء لم يكن بفعلها ولم يمنع وجوب النفقة كالمرض.

ولنا: أن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع فلم تجب نفقتها كما لو منعه أولياؤها من تسليم نفسها، وبهذا يبطل ما ذكروه، وتفارق المريضة، فإن الاستمتاع بها ممكن، وإنما نقص بالمرض، ولأن من لا تمكن الزوج من نفسها لا تلزمه نفقتها فهذه أولى، لأن تلك يمكن الزوج قهرها ووطؤها كرهًا، وهذه لا يمكن فيها ذلك بحال، وعلى هذا لا يجب على الزوج تسلمها ولا تسليمها إليه إذا طلبها، لأنه لا يمكنه استيفاء حقه منها.

26- مسألة: **(وإن بذلته والزوج غائب لم يفرض لها حتى يراسله الحاكم ويمضى زمن يمكن أن يقدم فى مثله).**

وجملة ذلك: أن المرأة إذا بذلت التسليم والزوج غائب لم تستحق النفقة، لأنها بذلته فى حال لا يمكنه التسليم فيه، فإن مضت إلى الحاكم فبذلت التسليم كتب الحاكم إلى حاكم البلد الذى هو فيه ليستدعيه ويعلمه ذلك، فإن سار إليها أو وكل من يسلمها إليه فوصل وتسلمها هو أو نائبه وجبت النفقة حينئذ، وإن لم يفعل فرض الحاكم عليه نفقتها من الوقت الذى يمكن الوصول إليها وتسلمها فيه، لأن الزوج امتنع من تسلمها وإمكان ذلك وبذلها إياه له فلزمته نفقتها كما لو كان حاضرًا، فأما إن غاب الزوج بعد تمكينها ووجوب نفقتها عليه لم تسقط عنه بل تجب عليه فى زمن غيبته، لأنها استحقت النفقة بالتمكين، ولم يوجد منها ما يسقطها.

فصل: **فإن سلمت الصغيرة التى يمكن وطؤها نفسها أو المجنونة فتسلمها لزمته نفقتها** كالكبيرة، وإن لم يتسلمها لمنعها نفسها أو لمنع أوليائها فلا نفقة لها عليه كالكبيرة، وإن غاب الزوج فبذل وليها تسليمها فهو كما لو بذلت المكلفة التسليم، لأن وليها يقوم مقامها، وإن بذلت هى دون وليها لم يفرض الحاكم لها نفقة، لأنه لا حكم لكلامها.

27- مسألة: **(وإن منعت نفسها أو منعها أهلها فلا نفقة لها، وإن تساكنا بعد العقد فلم تبذل ولم يطلب فلا نفقة لها وإن طال مقامها على ذلك).**

فإن النبى ﷺ تزوج عائشة رضي الله عنها، ودخلت عليه بعد سنتين، ولم ينفق إلا بعد دخوله، ولم يلتزم نفقتها لما مضى، ولأن النفقة تجب فى مقابلة التمكين المستحق بعقد النكاح، فإذا وجد استحقت، وإذا فقد لم تستحق شيئًا.

فـصل: ولو بذلت تسليمها غيـر تام بأن تقول: أسلم إليك نفسى فى منزلى دون غيرها أو فى المنزل الفلانى دون غيره لم تستحق شيـئًا إلا أن تكون قد اشترطت ذلك فى العقد، لأنهـا لم تبذل التسليم الواجب بالعقد فلم تستحق النفقة، كما لو قال البائع: أسلم إليك السلعة على أن تتركها فى موضعها أو فى مكان بعـينه، فإن شرطت دارها أو بلدها فسلمت نفسها فى ذلك استحـقت النفقة، لأنها فعلت الواجب عليـها، ولذلك لو سلم السيد أمتـه المزوجة فى الليل دون النهار استحقت النـفقة بخلاف الحرة، فإنها لو بذلت نفسهـا فى بعض الزمان لم تستحق شيئًا، لأنها لم تسلم التسليم الواجب بالعقد، وكذلك إن أمكنته من استمتاع، ومنعته استمتاعًا لم تستحق شيئًا كذلك.

28- **مـسـألة:** **(إلا أن تمنع نفسـها قبل الدخول حتـى تقبض صداقها الحـال فلها ذلك وتجب نفقتها)**.

وجملة ذلك: أن للمرأة أن تمنع نفسها حتى تتسلم صداقها، لأن تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يفـضى إلى أن يتسلم منفعتها المـعقود عليها بالوطء ثم لا يسلم صداقـها فلا يمكنها الرجوع فيما استوفى منها بخلاف المبيع إذا سلمه المشترى ثم أعسر بالثمن فإنه يمكنه الرجوع فيه، فـلهذا ألزمناه تسليم صداقهـا أولاً، وجعلنا لها أن تمـتنع من تسليم نفسها حـتى تقبض صداقها، لأنه إذا سلـم إليها الصداق ثم امتنعت من التسليم أمكن الرجـوع فيه، إذا ثبت هذا فمتى امتنعت من تسليم نفسها لتقبض صداقها فلها نفقتها لأنها امتنعت لحق، **فإن قـيل:** فلو امتنعت لصغر أو مرض لم يلزمـه نفقتها، **قـلنـا:** الفرق بينهما أن امتنـاعها لمرض لمعنى من جهتها، وكذلك الامتناع للصغـر، وههنا الامتناع لمعنى من جهة الزوج، وهو منعه لما وجب عليه فأشبه ما لو تعذر الاستمتاع لصغر الزوج، فإنه لا يسقط نفقتها عنه ولو تعذر لصغرها لم يلزمه نفقتها.

29- **مــســألة:** **(وإن كان بعـد الدخول فكذلك فى أحـد الوجهين قـياسًا على مـا قبل لدخول)**.

والثانى: ليس لها ذلك كما لو سلم المبيع إلى المشترى ثم أراد منعه بعد ذلك.

30- **مـسألة:** **(فأما الصداق المؤجل فليس لها منع نفسهـا حتى تقبضه كالثمن المؤجل فى البيـع، وقد ذكرنا هذه المـسائل فى كـتاب الصـداق بأبسط من هذا، وذكرنا الخـلاف فيـها فاختصرنا هـهنا)**.

31- **مسألة:** **(وإن سلمت الأمة نفسها ليلاً أو نهاراً فهى كالحرة فى وجوب النفقة)**.

وجملة ذلك: أن زوج الأمة لا يخلو إما أن يكون حرّا أو عبدًا أو بعضه حر وبعضه عبد، فإن كان حرّا فنفقتها عليه للنص ولاتفاق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن

البالغين، والأمة داخلة فى عمومهن، ولأنها زوجة ممكنة من نفسها فوجب على زوجها نفقتها كالحرة، وإن كان زوجها مملوكًا فالنفقة واجبة لزوجته كذلك، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على العبد نفقة زوجته، هذا قول الشعبى والحكم والشافعي، وبه قال أصحاب الرأي إذا بوأها بيتًا، وحكى عن مالك أنه قال: ليس عليه نفقتها، لأن النفقة مواساة، وليس هو من أهلها، وكذلك لا يجب عليه نفقة أقاربه ولا زكاة ماله.

ولنا: أنه عوض واجب فى النكاح فوجب على العبد كالمهر، والدليل على أنها عوض أنها تجب فى مقابلة التمكين، ولهذا تسقط عن الحر بفوات التمكين، وبذلك فارقت نفقة الأقارب، إذا ثبت وجوبها على العبد فإنها تلزم سيده، لأن السيد أذن فى النكاح المفضى إلى إيجابها، وقال ابن أبى موسى: فيه رواية أخرى: أنها تجب فى كسب العبد، وهو قول أصحاب الشافعي، لأنه لم يمكن إيجابها فى ذمته ولا رقبته ولا ذمة سيده ولا إسقاطها فلم يبق إلا أن تتعلق بكسبه، وقال القاضى: تتعلق برقبته، لأن الوطء فى النكاح بمنزلة الجناية وأرش جناية العبد يتعلق برقبته يباع فيها أو يفديه سيده وهذا قول أصحاب الرأى.

ولنا: أنه دين أذن السيد فيه فلزم ذمته كالذى استدانه وكيله، وقولهم: إنه فى مقابلة الوطء، لا يصح فإنه يجب من غير وطء، ويجب للرتقاء والحائض والنفساء وزوجة المجبوب والصغير، وإنما تجب بالتمكين، وليس ذلك بجناية ولا قائم مقامها، وقول من قال: إنه تعذر إيجابها فى ذمة السيد، غير صحيح، فإنه لا مانع من إيجابها، وقد ذكرنا وجود مقتضيه فلا معنى لدعوى التعذر.

32- مسألة: **(وإن كانت تأوى إليه ليلاً وعند السيد نهارًا فعلى كل واحد منهما النفقة بقدر مقامها عنده).**

وقد تقدم ذكر هذه المسألة، وقد ذكرنا أن النفقة تجب فى مقابلة التمكين، وقد وجد منها فى الليل فيجب على الزوج النفقة فيه والباقى منها على السيد بحكم أنها مملوكته ولم تجب نفقتها على غيره فى هذا الزمن، فعلى هذا على كل واحدة منهما نصف النفقة، وهذا أحد قولى الشافعي، وقال فى الآخر: لا نفقة لها على الزوج، لأنها لم تمكن من نفسها فى جميع الزمان فلم يجب لها شيء من النفقة كالحرة إذا بذلت نفسها فى زمن دون غيره.

ولنا: أنه وجد التمكين الواجب بعقد النكاح فاستحقت النفقة كالحرة إذا أمكنت من نفسها فى غير أوقات الصلوات المفروضات والصوم الواجب والحج المفروض، وفارق الحرة إذا امتنعت فى أحد الزمانين، فإنها لم تبذل الواجب فتكون ناشزًا، وهذه ليست ناشزًا ولا عاصية.

فصل: **وإذا طلق الأمة طلاقًا رجعيًا فلها النفقة فى العدة**، لأنها زوجة فإن أبانها وهى

حائل فلا نفقة لها، لأنها لو كانت حرة لم تجب لهـا نفقة فالأمة أولى، وإن كانت حاملاً فلها النفقة لقول الله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦) نص على هذا أحـمد، وبه قـال إسـحاق، وقـد ذكرنا فى نفـقة الـحامل هل هى للحـمل أو للحامل؟ على روايتين عن أحـمد رحمه الله: إحـداهمـا: أنها للحـمل، فعلى هذا لا تجب للمملوكة الحـامل البائن، لأن الحمل مملوك لسيدها فنفـقته عليه، وعلى الـرواية الأخـرى: تجب، وللشافعى فى هذا قولان كالروايتين.

فـصـل: فإن كان المطلق عبـدًا فطلقها طلاقًا ثانيًا وهى حامل انبنـى وجوب النفقة على الروايتين فى النفقة هل هى للحمل أو للحامل؟ فإن قلنا: هى للحمل فلا نفقة على العبد وبه قال مالك وروى ذلك عن الشعبى لأنه لا يجب عليه نفـقة ولده، وإن قلنا: هى للحامل بسببه وجبت لهـا النفقة وهذا قول الأوزاعى للآية، ولأنهـا حامل فوجبت لهـا النفقة، كمـا لو كان زوجها حرًا.

فـصـل: والمعتق بعضه عليه من نفقة امرأته بقـدر ما فيه من الحرية وباقيها على سيده أو فى ضريبته أو فى رقبته على ما ذكرنا فى العبد القن، والقدر الذى يجب عليه بالحرية يعتبر فيه حاله إن كان موسرًا فنفقة الموسرين، وإن كان معسرًا فنفقة المعسرين، والباقى يجب فيه نفقة المعسرين، لأن النفقة مما يتبعض وما يتبعض بعضناه فى حق المعتق بعضه كالميراث والديات وما لا يتبعض فهو فيه كالعبـد، لأن الحرية إما شرط فيه أو سبب له ولـم يكمل، وهذا اختيار المزنى، وقال الشافعى: حكمه حكم القن فى الجميع إلحاقًا لأحد الحكمين بالآخر.

ولنا: أنه يملك بنصـفه الحـر ملكًا تامًا، ولهـذا يورث عنه ويكفر بـالإطعام ويجب فـيه نصف دية الحر فوجب أن تتبعض نفقته، لأنها من جملة الأحكام القابلة للتبعيض.

فصل: وحكم المكاتب فى نفقة الزوجات حكم العبد القن، لأنه عبد ما بقى عليه درهم ويجب عليه نفـقة زوجتـه من كسبـه، لأن نفقة الزوجـة واجبة بحكم المـعاوضة مع اليـسار والإعسار، ولذلك وجبت على العبد فعلى المكاتب أولى، ولأن نفقة المرأة لا تسقط عن أحد من الناس إذا لم يوجد منها ما يسقط نفقتهـا ولا يمكن إيجابها على سيده، لأن نفقة المكاتب لا تجب على سيده فنفقة امرأته أولى.

33- مـسـألة: (وإذا نشزت المـرأة أو سافـرت بغير إذنه أو تطـوعت بحج أو صوم أو أحرمت بحج منذور فى الذمة بغير إذنه فلا نفقة لها).

لا تجب نفقة الناشز فى قول عامـة أهل العلم، قال ابن المنذر: لا نعلم أحدًا خالف فيه إلا الحكم ولعله قاسه على المهر ولا يصح القيـاس، لأن النفقة وجبت فى مقابلة التمكين من نفسها، فإذا لم يوجد منها التمكين لا تستحقها بخلاف المهر فإنه يجب بمجرد العقد، وكذلك

لو مات أحدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة، وقد ذكرناه، فأما إذا سافرت المرأة بغير إذن زوجها فإن نفقتها تسقط، لأنها ناشز، وكذلك إن انتقلت من منزله بغير إذنه وإن سافرت فى حاجة نفسها بإذنه سقطت نفقتها، ذكره الخرقى، لأنها فوتت التمكين لحظ نفسها وقضاء إربها فأشبه ما لو استنظرته قبل الدخول مدة فأنظرها، إلا أن يكون مسافراً معها متمكناً من استمتاعها فلا تسقط نفقتها، لأنها لم تفوت التمكين فأشبهت غير المسافرة، ويحتمل أن لا تسقط نفقتها، وإن لم يكن معها، لأنها مسافرة بإذنه أشبه ما لو سافرت فى حاجته، وسواء كان سفرها للتجارة أو حج تطوع أو زيارة وإن أحرمت بحج تطوع بغير إذنه سقطت نفقتها، لأنها فى معنى المسافرة، فإن أحرمت به بإذنه فقال القاضى: لها النفقة، والصحيح أنها كالمسافرة، لأنها بإحرامها مانعة له من التمكين.

34- **مسألة: (وإن بعثها فى حاجته فهى على نفقتها)**.

لأنها سافرت فى شغله ومراده، وإن أحرمت بالحج الواجب أو العمرة الواجبة فى الوقت الواجب من الميقات فلها النفقة، لأنها فعلت الواجب عليها بأصل الشرع فى وقته فلم تسقط نفقتها كصيام رمضان، وإن قدمت الإحرام على الميقات أو قبل الوقت خرج فيها من القول مثل ما فى المحرمة بحج التطوع، لأنها فوتت عليه التمكين بشىء تستغنى عنه، فإن اعتكفت فالقياس أنه كسفرها إن كان بغير إذنه فهى ناشز لخروجها من منزل زوجها بغير إذنه فيما ليس واجبًا بأصل الشرع، وإن كان بإذنه فلا نفقة لها على قول الخرقى، وعند القاضى: لها النفقة، وإن صامت رمضان لم تسقط نفقتها، لأنه واجب مضيق بأصل الشرع لا يملك منعها منه فهو كالصلاة، ولأنه يكون صائمًا معها فيمتنع الاستمتاع لمعنًى وجد فيه، وإن كان تطوعًا لم تسقط نفقتها، لأنها لم تأت ما يمنعه من استمتاعها، فإنه يمكنه تفطيرها ووطؤها إلا أن يريد ذلك منها فتمنعه فتسقط نفقتها بامتناعها من التمكين الواجب.

35- **مسألة: (وإن أحرمت بمنذور معين فى وقته فعلى وجهين)**:

أحدهما: لها النفقة، ذكره القاضى لأن أحمد نص على أنه: ليس له منها، **والثانى**: أنه إن كان نذرها قبل النكاح أو كان النذر بإذنه لم تسقط نفقتها، لأنه كان واجبًا عليها بحق سابق على نكاحه أو فى سببه وإن كان النذر فى نكاحه بغير إذنه فلا نفقة لها، لأنها فوتت عليه حقه من الاستمتاع باختيارها بالنذر الذى لم يوجبه الشرع عليها ولا ندبها إليه، وإن كان النذر مطلقًا أو كان صوم كفارة فصامت بإذنه فلها النفقة، لأنها أدت الواجب بإذنه فأشبه ما لو صامت المعين بإذنه فى وقته، وإن صامت بغير إذنه فقال القاضى: لا نفقة لها، لأنها يمكنها تأخيره فإنه على التراخى وحق الزوج على الفور، وإن كان قضاء رمضان قبل ضيق وقته فكذلك وإن كان وقته مضيقًا مثل أن قرب رمضان آخر فعليه نفقتها، لأنه واجب مضيق بأصل الشرع أشبه أداء رمضان.

36- **مسألة:** (وإن اختلفا فى نشوزها فادعى أنها نشـزت وأنكرت الزوجة فالقول قولها مع يمينها).

لأن الأصل عدم النشوز.

37- **مسألة:** (وكذلك إن ادعى تسليم النفقة إليها فأنكرته فالقول قولها كذلك).

38- **مسألة:** (وإن اختلفا فى بذل التسليم، فقالت بذلت لك تسليم نفسى فأنكرها فالقول قوله).

لأنه منكر والأصل عدم التسليم.

فصل: وإن أعسر الزوج بنفقتها أو بعضها أو بالكسوة خيرت بين فسخ النكاح والمقام وتكون النفقة دينًا فى ذمته وعن أحمد ما يدل على أنها لا تملك الفسخ بإعساره والأول المذهب، إذا منع الرجل نفقة امرأته لعسرته وعدم ما ينفقه خيرت بين الصبر عليه وبين فراقه، روى نحو ذلك عن عمر وعلى وأبى هريرة وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وربيعة وحماد ومالك وعبد الرحمن بن مهدى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وعن أحمد أنها لا تملك الفسخ بالإعسار، والأول المذهب، وذهب عطاء والزهرى وابن شبرمة وأبو حنيفة وصاحباه إلى أنها لا تملك فراقه بذلك ولكن يرفع يده عنها لتكتسب، لأنه حق لها عليه فلا يفسخ النكاح لعجزه عنه كالدين، وقال العكبرى: يحبس إلى أن ينفق.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ (البقرة: ٢٢٩) وليس الإمساك مع ترك الإنفاق إمساك بمعروف فتعين التسريح، وروى سعيد عن سفيان عن أبى الزناد قال: سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق عن امرأته أيفرق بينهما؟ قال: نعم، قلت: سنة؟ قال: سنة، وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ، قال ابن المنذر: ثبت أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى، ولأنه إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل، لأنه إنما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه، فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التى لا يقوم البدن إلاَّ بها أولى، إذا ثبت هذا فإنه متى ثبت الإعسار بالنفقة على الإطلاق فللمرأة المطالبة بالفسخ من غير إنظار، وهذا أحد قولى الشافعى، وقال حماد بن أبى سليمان: يؤجل سنة قياسًا على العنين، وقال عمر بن عبد العزيز: اضربوا به شهرًا أو شهرين، وقال مالك: الشهر ونحوه، وقال الشافعى فى القول الآخر: يؤجل ثلاثًا لأنه قريب.

ولنا: ظاهر حديث عمر رضي الله عنه، ولأنه معنًى يثبت الفسخ ولم يرد الشرع بالإنظار فيه فأثبت الفسخ فى الحال كالعيب، ولأن سبب الفسخ الإعسارًا وقد وجد فلا يلزم التأخير.

فصل: فإن لم يجد إلاَّ نفقة يوم بيوم فليس ذلك إعسار يثبت به الفسخ، لأن ذلك هو

الواجب عليه وقد قدر عليه، وإن وجد فى أول النهار ما يغديها وفى آخره ما يعشيها لم يكن لها الفسخ، لأنها تصل إلى كفايتها وما يقوم به بدنها، وإن كان صانعًا يعمل فى الأسبوع ما يبيعه فى يوم بقدر كفايتها فى الأسبوع كله لم يثبت الفسخ، لأن هذا يحصل الكفاية فى جميع زمانه وإن تعذر عليه الكسب فى بعض زمانه أو تعذر البيع لم يثبت الفسخ، لأنه يمكنه الاقتراض إلى زوال العارض وحصول الاكتساب، وكذلك إن عجز عن الاقتراض أيامًا يسيرة، ولأن ذلك يزول عن قريب ولا يكاد يسلم منه كثير من الناس، وإن مرض مرضًا يرجى برؤه فى أيام يسيرة لم يفسخ لما ذكرناه، وإن كان ذلك يطول فلها الفسخ، لأن الضرر الغائب يلحقها ولا يمكنها الصبر على هذا فهو كمن لا يجد إلا بعض القوت، وإن أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار، لأن البدن لا يقوم بما دونها، فإن أعسر بما زاد على نفقة المعسر فلا خيار لها، لأن تلك الزيادة تسقط بإعساره ويمكن الصبر عنها.

39- **مسألة: (وإن رضيت بالمقام معه مع عسرته وترك المطالبة جاز).**

لأن الحق لها وتكون النفقة دينًا فى ذمته، ثم إن بدا لها الفسخ أو تزوجت معسرًا عالمة بحاله راضية بعسرته وترك إنفاقه أو شرط عليها أن لا ينفق عليها ثم عن لها الفسخ فلها ذلك وبه قال الشافعى، وقال القاضى: كلام أحمد أنه ليس لها الفسخ ويبطل خيارها فى الموضعين وهو قول مالك، لأنها رضيت بعيبه ودخلت فى العقد عالمة به فلم تملك الفسخ كما لو تزوجت عنينًا عالمة بعيبه أو قالت بعد العقد قد رضيت به عنينًا.

ولنا: أن وجوب النفقة تتجدد كل يوم فتجدد لها الفسخ ولا يصح إسقاط حقها فيما لم يجب لها كإسقاط شفعتها قبل البيع، وكذلك لو أسقطت النفقة المستقبلة لم تسقط ولو أسقطها أو أسقطت المهر قبل النكاح لم يسقط، وإذا لم يسقط وجوبها لم يسقط الفسخ الثابت به وإن أعسر بالمهر وقلنا: لها الفسخ لإعساره به فرضيت بالمقام لم يكن لها الفسخ، لأن وجوبه لم يتجدد بخلاف النفقة، فإن تزوجه عالمة بإعساره بالمهر راضية بذلك فينبغى أن لا تملك الفسخ بإعساره، لأنها رضيت بذلك فى وقت لو أسقطته فيه سقط.

فصل: وإذا رضيت بالمقام مع ذلك لم يلزمها التمكين من الاستمتاع، لأنه لم يسلم إليها عوضه فلم يلزمها تسليمه كما لوث أعسر المشترى بثمن المبيع لم يجب تسليمه إليه، وعليه تخلية سبيلها لتكتسب لها وتحصل ما تنفقه عليها، لأن فى حبسها بغير نفقة إضرارًا بها، وإن كانت موسرة لم يكن له حبسها، لأنه إنما يملك حبسها إذا كفاها المؤنة وأغناها عما لا بد لها منه، ولحاجته إلى الاستمتاع الواجب له عليها، فإذا انتفى الأمران لم يملك حبسها.

40- **مسألة: (وإن أعسر بنفقة الخادم أو النفقة الماضية أو نفقة الموسر أو المتوسط أو الأدم فلا فسخ لها وتكون النفقة دينًا فى ذمته، وقال القاضى: تسقط).**

إذا أعسر بالنفقة الماضية لم يكن لها الفسخ، لأنها دين يقوم البدن بدونها فأشبهت سائر الديون، وكذلك إن أعسر بنفقة الموسر أو المتوسط فلا فسخ لها، لأن الزيادة تسقط بإعساره، ويمكن الصبر عنها، وكذلك إن أعسر بنفقة الخادم أو الأدم كذلك.

41- مسألة: (**ويثبت ذلك فى ذمته، وكذلك إن أعسر بالمسكن، وقلنا: لا يثبت لها الفسخ**).

وبهذا قال الشافعى، وقال القاضى: لا يثبت، لأنه من الزوائد فلم يثبت فى ذمته كالزوائد عن الواجب عليه.

ولنا: أنها نفقة تجب على سبيل العوض فى الذمة كالنفقة الواجبة للمرأة قوتًا وهذا فيما عدا الزائد على نفقة المعسر، فإن ذلك يسقط بالإعسار.

42- مسألة: (**وإن أعسر بالسكنى أو المهر فهل لها الفسخ؟ يحتمل وجهين**).

إذا أعسر بأجرة المسكن فلها الخيار فى أحد الوجهين، لأنه مما لا بد منه أشبه النفقة والكسوة، **الثانى**: لا خيار لها، لأن البينة تقوم بدونه، وهذا الوجه الذى ذكره القاضى، وإن أعسر بالصداق ففيه ثلاثة أوجه: **أحدها**: ليس لها الفسخ اختاره ابن حامد، **والثانى**: لها الفسخ اختاره أبو بكر لأنه أعسر بالعوض فكان لها الرجوع فى المعوض كما لو أعسر بثمن مبيعها، **والثالث**: إن أعسر قبل الدخول فلها الفسخ كما لو أفلس المشترى والمبيع بحاله، وإن كان بعد الدخول لم يملك الفسخ، لأن المعقود عليه قد استوفى فأشبه ما لو أفلس المشترى بعد تلف المبيع أو بعضه وهذا المشهور فى المذهب، واختار شيخنا الرواية الأولى، لأنه دين فلم يفسخ النكاح للإعسار به كالنفقة الماضية، ولأن تأخيره ليس فيه ضرر ومجحف فأشبه نفقة الخادم، ولأنه لا نص فيه ولا يصح قياسه على الثمن فى المبيع، لأن الثمن كل مقصود البائع، والعادة تعجيله، والصداق فضلة ونحلة ليس هو المقصود فى النكاح، وكذلك لا يفسد النكاح بفساده ولا بترك ذكره، والعادة تأخيره، ولأن أكثر من يشترى بثمن حال يكون موسرًا به، وليس الأكثر أن من يتزوج بمهر يكون موسرًا به، ولا يصح قياسه على النفقة، لأن الضرورة لا تندفع إلا بها بخلاف الصداق فأشبه شيء به النفقة الماضية، وللشافعى نحو هذه الوجوه، وإذا قلنا: لها الفسخ للإعسار به فتزوجته عالمة بعسرته، فلا خيار لها وجها واحدًا، لأنها رضيت به كذلك، وكذا إن علمت عسرته فرضيت بالمقام سقط حقها من الفسخ، لأنها رضيت بإسقاط حقها بعد وجوبه فسقط كما لو رضيت بعنته.

43- مسألة: (**وإن أعسر زوج الأمة فرضيت لم يكن لسيدها الفسخ، ويحتمل أن له ذلك**).

وجملة ذلك: أن نفقة الأمة المزوجة حق لها ولسيدها لأن كل واحد منهما ينتفع بها،

ولكل واحد منهما طلبها إذا امتنع الزوج من أدائهــا، ولا يملك واحد منهما إسقاطها، لأن فى سقوطها بإسقاط إحداهما ضررًا بالآخر، فعلى هذا إن أعسر الزوج فلها الفسخ، لأنه عجز عن نفقتها فـملكت الفسخ كالحرة، وإن لم تفسخ فقال القاضى: لسـيدها الفسخ، لأن عليه ضررًا فى عدمها لما يتعلق بفواتها من فوات ملكه وتلفه، فإن أنفق عليها سيدها محتسبًا بالرجوع فله الرجوع بها على الزوج رضيت بذلك أو كرهت، لأن الدين خـالص حقه لا حق لها فيه، وإن تعلق حقها بالنـفقة الحاضرة لوجوب صرفـها إليها وقوام بدنها به بخلاف المـاضية، وقال أبو الخطاب وأصحاب الشـافعى: ليس لسيدها الفسخ لعـسرة زوجها بالنفقـة، لأنها حق لها فلم يملك سيدها الفسخ دونها كالفسخ للعنة، فإن كانت معتوهة أنفق المولى وتكون النفقة دينًا فى ذمة الزوج، وإن كانت عاقلة قال لها السيد: إن أردت النفقة فافسخى النكاح وإلا فلا نفقة لك عندى.

44- **مسألة:** (وإن أعسر زوج الصغيرة أو المجنونة لم يكن لوليهما الفسخ).

لأنه فسخ نكاحـها فلم يكن له ذلك كـالفسخ بالعـيب، ويحتمل أن يمـلك الفسخ، لأنه فسخ لفوات العوض فملكه كفسخ لتعذر الثمن.

فـصل: **وإن اختلف الزوجان فى الإنفاق عليها أو فى تقبيضـها نفقتها فالقول قول المرأة، لأنها منكرة، والأصل مـعها**، وإن اختلفا فى يساره فادعته المرأة لـيفرض لها نفقة الموسرين، أو قالت كنت موسرًا وأنكر ذلك، فإن عرف له مال فالقول قولها وإلا فالقول قوله، وبهذا كله قال الشـافعى وأبو ثور وأصحـاب الرأى، وإن اختلفا فـى فرض الحاكم للنفـقة أو فى وقتـها فقال: فـرضها منذ شهـرين، قالت: بل منذ عام، فالقـول قوله، وبه قال الشافـعى وأصحاب الرأى، وقال مالك: إن كان مقيـمًا معها فالقول قوله، وإن كان غائبًـا عنها فالقول قول المرأة من يوم رفعت أمرها إلى الحاكم.

ولنا: أن قوله يوافق الأصل فـقدم كمـا لو كان مقـيمًا مـعها، وكل من قلنا القـول قوله فلخصمه عليـه اليمين لأنها دعاوى فى المال فأشـبهت دعوى الدين، ولأن النبى ﷺ قال: «ولكن اليـمين على المدعى عـليه» وإن دفع الزوج إلى امرأته نـفقة وكـسوة أو بعث به إليـها فقالت: إنما فعلت ذلك تبرعًا وهبة قـال: بل وفاء الواجب على فالقول قوله، لأنه أعلم بنيته أشبه ما لو قضى دينـه فاختلف هو وغريمه فى نيته، وإن طلق امرأته وكـانت حاملاً فوضعت فقال: طلقتك حاملاً فانقضت عدتك بوضع الحمل وانقطعت نفقتك ورجعتك قالت: بل بعد الوضع فلى النفقـة، ولك الرجعة فالقـول قولها، لأن الأصل بقاء النفـقة وعدم المسـقط لها وعليها العدة ولا رجعة لإقراره بعدمها، وإن رجع فصدقها فله الرجعة، لأنها مقرة لديها، ولو قال: طلقتك بعد الوضع فلى الرجـعة ولك النفقة، قالت بل وأنا حامل، فالقول قـولها فيها،

فإن عاد فصدقهـا سقطت رجعته، ووجبت لها النفقة هذ فى ظاهر الحكم فـأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبنى على ما يعلمه من حقيقة الأمر دون ما قاله.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: **وإن منعها النفقة أو بعضها مع اليسار وقدرت له على مال أخذت منه ما يكفيها ويكفى ولدها بالمعروف بغير إذنه**، لقول النبى ﷺ لهند حين قالت: إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطينى من النفقة ما يكفينى وولدى، قال ﷺ: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف».

وجملة ذلك: أن الزوج إذا لم يدفع إلى زوجته ما يجب عليه من النفقة والكسوة أو دفع إليها أقـل من كفايتهـا فلها أن تأخذ من ماله الواجب أو تمـامه بإذنه وبغير إذنه لمـا ذكرنا من حديث هند، وهو أذن لها فى الأخذ من مـاله بغير إذنه ورد لها إلى اجتهادها فى قـدر كفايتها وكفـاية ولدها وهو متناول لأخذ تمـام الكفاية، فإن ظاهـر الحديث دل على أنه كان يعطيـها بعض الكفاية، ولا يتممها لها فرخص النبـى ﷺ لها فى أخذ تمام الكفاية بغير علمه، لأنه موضع حاجة، فـإن النفقة لا غنى عنها ولا قوام إلا بها، فإذا لم يدفـعها الزوج، ولم تأخذها أفضى إلى ضياعها وهلاكها فرخص لها فى أخذ قدر نفـقتها دفعًا لحاجته، ولأن النفقة تتجدد بتجـدد الزمان شيئًا فـشيئًا فـتشق المرافعـة إلى الحاكم والمطالبة بهـا فى كل الأوقات فلذلك رخص لها فى أخذها بغير إذن من هى عليه، وذكر القاضى بينها وبين الدين فرقًا آخر وهو أن نفقة الزوجـة تسقط بفوات وقتهـا عند بعض أهل العلم ما لم يكن الحاكم فرضـها لها فلو لم تأخذ حـقها أفضى إلى سـقوطها والإضرار بهـا بخلاف الدين، فإنه لا يسقط عند أحـد بترك المطالبة فلا يؤدى ترك الأخذ إلى الإسقاط.

45- مسألة: (فإن لم تقدر أجبره الحاكم وحبسه، فإن صبر على الحبس ولم ينفق أخذ الحاكم النفقة من ماله فدفعها إلى المرأة، فإن لم يجد إلا عروضًا أو عقارًا باعه فى ذلك).

وبهذا قـال مالك والشافعى وأبو يوسف ومـحمد، وقـال أبو حنيفة: النفقـة فى ماله من الدنانير والدراهم، ولا يبيع عرضًا لأن بيـع مال الإنسان لا ينفذ إلا بإذنه أو إذن وليه ولا ولاية على الرشيد.

ولنا: قول النبى ﷺ لهند: «خذى ما يكفيك» ولم يفرق، ولأن ذلك مال له فتؤخذ منه النفقة كـالدراهم والدنانير، وللحاكم ولاية عليه إذا امتنع بدليل ولايتـه على دراهمه ودنانيره، وإن تعذرت النفقة فى حال غيبته ولـه وكيل فحكم وكيله حكمه فى المطالبة والأخذ من المال عند امـتناعه، وإن لم يكن له وكـيل ولم تقدر المـرأة على الأخذ أخـذها الحاكم من مـاله، ويجوز بيع عقـاره وعروضه فى ذلك إذا لم يجد ما ينفق سواه، وينفق على المـرأة يومًا بيوم، وبه قال الشافعى ويحيى بن آدم، وقال أصحاب الرأى: يفرض لها فى كل شهر.

ولنا: أن هذا تعجيل للنفقة قبل وجوبها فلم يجز كما لو عجل لها أكثر من شهر.

46- **مسألة:** (فإن غيب ماله وصبر على الحبس فلها الفسخ إذا لم يقدر الحاكم له على مال يأخذه أو لم يقدر على النفقة من مال الغائب فى ظاهر قول الخرقى واختيار أبى الخطاب).

واختار القاضى أنها لا تملك الفسخ وهو ظاهر مذهب الشافعى لأن الفسخ فى المعسر لعيب الإعسار لم يوجد ههنا، ولأن الموسر فى مظنة الأخذ من ماله، وإذا امتنع فربما لا يمتنع فى غده بخلاف المعسر.

ولنا: أن عمر ﷺ كتب فى رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا، وهذا إجبار على الطلاق عند الامتناع من الإنفاق، ولان الإنفاق عليها من ماله متعذر فكان لها الخيار كحال الإعسار بل هذا أولى بالفسخ، فإنه إذا جاز الفسخ فى المعذور فعلى غيره أولى، ولأن فى الصبر ضرراً أمكن إزالته بالفسخ فوجبت إزالته دفعًا للضرر، ولأنه نوع تعذر يجوز الفسخ فلم يفترق الحال بين المعسر والموسر كأداء ثمن المبيع، فإنه لا فرق فى جواز الفسخ بين أن يكون المشترى معسراً وبين أن يهرب قبل أداء الثمن، ولأن عيب الإعسار إنما جوز الفسخ لتعذر الإنفاق بدليل أنه لو اقترض ما ينفق عليها أو تبرع له إنسان بدفع ما ينفقه لم تملك الفسخ، وقولهم: إنه يحتمل أن ينفق فيما بعد هذا، قلنا: وكذلك المعسر يحتمل أن يعينه الله تعالى، وأن يقترض أو يعطى ما ينفقه فاستويا.

47- **مسألة:** وإن غاب زوجها ولم يترك لها نفقة فإن قدرت له على مال أخذت بقدر حاجتها لحديث هند، وإن لم تقدر ولا قدرت على الاستدانة عليه فلها الفسخ، إلا عند القاضى فيما إذا لم يثبت إعساره.

وهذا ظاهر مذهب الشافعى، لأن الفسخ ثبت لعيب الإعسار، ولم يثبت الإعسار ههنا، وقد دللنا على جواز الفسخ فى المسألة التى قبلها، وهذه مثلها بل هى أولى، لأن الحاضر ربما إذا طال عليه الحبس أنفق، وهذا قد تكون غيبته بحيث لا يعلم خبره فيكون الضرر فيه أكثر.

فصل: ومن وجب عليه نفقة زوجته وكان له عليها دين فأراد أن يحتسب عليها بدينه مكان نفقتها فله ذلك إن كانت موسرة، لأن من له عليه حق فله أن يقتضيه من أى أمواله شاء وهذا من ماله وإن كانت معسرة لم يكن له ذلك، لأن قضاء الدين إنما يجب على الفاضل من قوته، وهذا لا يفضل عنها، ولأن الله تعالى أمر بإنظار المعسر بقوله سبحانه: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ (البقرة: ٢٨٠) فيجب إنظارها بما عليها.

فصل: إذا أنفقت المرأة على نفسها من مال زوجها الغائب ثم بان أنه قد مات قبل إنفاقها حسب عليها ما أنفقته من ميراثها سواء أنفقته بنفسها أو بأمر الحاكم، وبه قال أبو العالية وابن

١٣٨٢ - **مسألة:** قال: (ويجبر الرجل على نفقة والديه وولده الذكور والإناث إذا كانوا فقراء، وكان له ما ينفق عليهم).

الأصل فى وجوب نفقة الوالدين والمولودين الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦) أوجب أجر رضاع الولد على أبيه، وقال سبحانه: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: ٢٣٣) وقال سبحانه: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ (الإسراء: ٢٣) ومن الإحسان: الإنفاق عليهما عند حاجتهما، ومن السنة قول النبى ﷺ لهند: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف»(١٧)

سيرين والشافعى وابن المنذر، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم، لأنها أنفقت ما لا تستحق، وإن فضل لها شىء أخذته، وإن فضل عليها شىء وكان لها صداق أو دين على زوجها حسب منه وإن لم يكن لها شىء كان الفضل دينًا عليها، والله أعلم.

48- **مسألة:** (ولا يجوز الفسخ فى ذلك كله إلا بحكم الحاكم).

كل موضع وجب لها الفسخ لأجل النفقة لم يجز إلا بحكم حاكم، لأنه فسخ مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم كالفسخ بالعنة، ولا يجوز له الفسخ إلا أن تطلب المرأة ذلك، لأنه لحقها فلم يجز من غير طلبها كالفسخ للعنة، فإذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة له فيه، وبهذا قال الشافعى وابن المنذر، وقال مالك: هو تطليقة وهو أحق بها إن أيسر فى عدتها، لأنه تفريق لامتناعه عن الواجب عليه لها فأشبه تفريقه بين المولى وامرأته إذا امتنع من العنة والطلاق.

ولنا: أنها فرقة لعجزه عن الواجب عليه أشبهت فرقة العنة، فأما إن أجبره الحاكم على الطلاق فطلق أقل من ثلاث فله الرجعة عليها ما دامت فى العدة، فإن راجعها وهو معسر أو امتنع من الإنفاق عليها ولم يمكن الأخذ من ماله فطلبت المرأة الفسخ فللحاكم الفسخ لبقاء المقتضى له فأشبه ما قبل الطلاق.

باب نفقة الأقارب والمماليك

يجب على الإنسان نفقة والديه وولده بالمعروف إذا كانوا فقراء وله ما ينفق عليهم فاضلاً عن نفقة نفسه وامرأته، والأصل فى وجوب نفقة الوالدين والمولودين الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وقال سبحانه: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ ومن الإحسان الإنفاق عليهما عند حاجتهما، وأما السنة فقول النبى ﷺ لهند: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف» متفق عليه، وروت عائشة أن النبى ﷺ قال: «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه»

---

(١٧) تقدم برقم (٣) مسألة رقم (١٣٧٨).

متفق عليـه، وروت عائشة أن النبى ﷺ قال: «إن أطيب ما أكل الرجل من كـسبه وإن ولده من كسـبه» رواه أبو داود[١٨]، وأما الإجماع فـحكى ابن المنذر، قال: أجمع أهل العلم على أن نفقة الوالدين الفقيرين اللذيْن لا كسب لهـما ولا مال واجبة فى مال الولد، وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم، ولأن ولد الإنسان بعـضه، وهو بعض والده، فكمـا يجب عليه أن ينفـق على نفسه وأهله كـذلك على بعضه وأصله، إذا ثبت هذا فإن الأم تجب نفقتها ويجب عليها أن تنفق على ولدها إذا لم يكن له أب، وبهذا قال أبو حنـيفة والشافعى، وحكى عن مـالك أنه لا نفقة عليهـا ولا لها، لأنها ليست عصبة لولدها.

ولنا: قوله سبحانه: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ (الإسراء: ٢٣) وقال النبى ﷺ لرجل سأله من أبر؟ قال: «أمك ثم أمك ثم أباك ثم الأقرب فالأقرب» رواه أبو داود[١٩]، ولأنها أحد الوالدين فأشبهت الأب، ولأن بينهما قرابة توجب رد الشـهادة ووجوب العتق فأشبهت الأب، فـإن أعسـر الأب وجبت النفـقة على الأم، ولم ترجـع بها عليـه إن أيسر، وقـال أبو يوسف ومحمد: ترجع عليه.

ولنا: أن من وجب عليه الإنفاق بالقرابة لم يرجع به كالأب.

فصل: ويجب الإنفاق على الأجداد والجدات وإن علوا وولد الولد وإن سفلوا، وبذلك

رواه أبو داود، وأما الإجماع فحكاه ابن المنذر، وقال: أجمع أهل العلم على أن نفقة الوالدين الفقيـرين اللذيْن لا كسب لهما ولا مـال واجبة فى مال الولد، وأجـمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقـة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم[أ]، ولأن ولد الإنسـان بعضه وهو بعض والده كما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله كذلك على بعضه وأصله، إذا ثبت هذا فإن الأم تجب نفـقتهـا ويجب عليها نـفقة ولدها إذا لم يكن له أب، وبهـذا قال أبو حنيفة والشافعى، وحكى عن مالك: أنه لا نفقة لها ولا عليها لأنها ليست عصبة لولدها.

ولنا قوله سبحانه: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ وقال النبى ﷺ لرجل سأله: من أبر؟ قال: «أمك ثم أمك ثم أبـاك ثم الأقرب فـالأقـرب» رواه أبو داود، ولأنهـا أحـد الوالدين فأشبهت الأب، ولأن بينهما قرابة توجب رد الشهادة ووجوب العفو فأشبهت الأب، فإن أعسر الأب وجبت النفقـة على الأم ولم ترجع بها عليه إن أيسر، وقال أبو يوسف ومـحمد: ترجع عليه.

ولنا: أن من وجب عليه الإنفاق بالقرابة لم يرجع به كالأب.

١- مسألة: (ويلزمه نفقة سائر آبائه وإن علوا وأولاده وإن سفلوا).

---

(١٨) تقدم تخريجه برقم (٢٧) فى المسألة رقم (٩٣٤).

(١٩) تقدم برقم (٥٣) فى المسألة رقم (٤٧٦).

(أ) انظر الإجماع لابن المنذر (٨٤/ ٣٩٠).

قال الشافعى والثـورى وأصحاب الرأى، وقال مالك لا تجب النفقـة عليهم ولا لهم لأن الجد ليس بأب حقيقى.

ولنا: قوله سبحانه: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (البقرة: ٢٣٣) ولأنه يدخل فى مطلق اسم الولد والوالد بدليـل أن الله تعـالـى قـال: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ (النساء: ١١) فيدخل فيهم ولد البنين، وقال: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ (النساء: ١١) وقال: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾ (الحج: ٧٨) ولأن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأشبه الولد والوالد القريبين.

فصل: ويشترط لوجوب الإنفاق ثلاثة شروط:

أحـدها: أن يكونوا فقراء لا مال لهم ولا كسب يستـغنون به عن إنفاق غيرهم، فإن كانوا موسرين بمال أو كسب يسـتغنون به فلا نفقة لهم لأنها تجب على سبـيل المواساة، والموسر مستغن عن المواساة.

الثـانى: أن تكون لمن تجب عليه النفقة ما ينفق عليهم فـاضلاً عن نفقة نفسه إما من ماله وإما من كـسبه، فـأما من لا يفضل عنه شىء فلـيس عليه شىء لما روى جـابر أن رسول الله ﷺ قال: «إذا كان أحدكم فـقيراً فليبدأ بنفسـه فإن فضل فعلى عياله، فـإن كان فضل فعلى قرابته»(٢٠) وفى لفظ «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول» حديث صحيح(٢١).

وبذلك قال الشافـعى والثورى وأصحاب الرأى، وقال مالك: لا تجب النفـقة عليهم ولا لهم، لأن الجد ليس بأب حقيقى.

ولنا قوله سبحانه: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ ولأنه يدخل فى مطلق اسم الولد والوالد بدليل أن الله تعالى قال: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ فيدخل فيهم ولد البنين، وقال: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ وقال: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾ ولأن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأشبه الولد والوالدين القريبين.

فصل: ويشترط لوجوب الإنفاق ثلاثة شروط:

أحـدها: أن يكونوا فقراء لا مال لهم ولا كسب يستـغنون به عن إنفاق غيرهم، فإن كانوا موسرين بمـال أو كسب يكفيهم فـلا نفقة لهم، لأنها تـجب على سبيل المواسـاة، والموسر مستغن عن المواساة.

الثـانى: أن يكون لمن تجب عليه النفقة ما ينفق عليهم فـاضلاً عن نفقة نفسه إما من ماله

---

(٢٠) أخرجه مسلم فى كتاب «الزكاة» (٢/ ٤١/ ٦٩٢، ٦٩٣) وأبو داود فى «سننه» (٤/ ح٣٩٥٧) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٣٠٥) والنسائى فى «سننه» (٥/ ٦٩) (٧/ ٣٠٤) وابن خزيمـة فى «صحيحه» (٤/ ٢٤٤٥، ٢٤٥٢) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (١٠/ ٣٠٩).

(٢١) تقدم برقم (٥) مسألة رقم (٤٦٠).

وروى أبو هريرة: «أن رجـلاً جاء إلى النبى ﷺ فـقال يا رسول الله عندى ديـنار قال: تصدق به على نفسك، قـال عندى آخر، قال: «تصدق به على ولدك» قـال عندى آخر، قال: «تصدق به على زوجك» قـال: عندى آخر، قال: «تصدق به على خـادمك» قال عندى آخر، قال: «أنت أبصر» رواه أبو داود[٢٢]، ولأنها مواساة فلا تجب على المحتاج كالزكاة.

الثالث: أن يكون المنفق وارثًا لقول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (البقرة: ٢٣٣) ولأن بين المتوارثين قرابة تقتضى كـون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس فينبغى أن يختص بوجـوب صلته بالنفـقة دونهم، فـإن لم يكن وارثًا لعدم القـرابة لم تجب عليه النفـقة لذلك، وإن امتنع الميراث مع وجود القرابة لم يخل من ثلاثة أقسام:

أحـدها: أن يكون أحدهما رقيقًا فلا نفقة لأحدهما على صاحبه بغير خلاف لأنه لا ولاية بينهما ولا إرث فأشبه الأجنبيين، ولأن العبد لا مال له فتـجب عليه النفقة وكسبه لسيده ونفقته على سيده فيستغنى بها عن نفقة غيره.

الثانى: أن يكون دينهما مختلفًا فلا نفقة لأحدهما على صاحبه، وذكر القاضى فى عمودى النسب روايتين: **إحداهـما:** تجب النفقة مع اختلاف الدين، وهو مـذهب الشافعى لأنها نفقة

وإما من كسبه فأما من لا يفـضل عنه شىء فلا يجب عليه شىء لما روى جابر أن النبى ﷺ قال: «إذا كان أحدكم فـقيرًا فليبدأ بنفسه فـإن فضل فعلى عياله، فإن كان فـضل فعلى قرابته» وفى لفظ: «ابدأ بنفسك ثم بمـن تعول»[2] حديث صحـيح، وروى أبـو هـريرة أن رجلاً جـاء إلى النـبى ﷺ فـقال: يـا رسول الله عندى دينار، قال: «تصدق به على نفسك» قال: عندى آخر، قـال: «تصدق به على ولدك» قال: عنـدى آخر، قال: «تصـدق به على زوجك» قال: عندى آخـر، قال: «تصدق به عـلى خادمك» قال: عـندى آخر، قال: «أنت أبـصر» رواه أبو داود، ولأنها مواساة فلا تجب على المحتاج كالزكاة.

والثـالث: أن يكون المنفق وارثًا لقول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ ولأن بين المتوارثين قـرابة تقتضى كون الوارث أحق بمـال الموروث من سائر الناس فينـبغى أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم، فإن لم يكن وارثًا لعدم القرابة لم تجب عليه النفقة كذلك.

فـصـل: **ولا يشتـرط فى نفقة الوالدين والمولودين نـقص الخلقة ولا نقص الأحكام فى ظاهر المذهب**، وهو ظاهر كلام الخرقى، وقال القاضى: لا يشترط ذلك فى الوالدين، وهل يشتـرط ذلك فى الولد؟ فكلام أحمد يقتـضى روايتين: **إحـداهـما:** تلزم نفقـته، لأنه فقـير، والثانية: أنه إن كان يكتسب فينفق على نفسه لم تلزم نفقته، وهذا القول يرجع إلى أن الذى لا يقدر عـلى كسب مـا يقوم به تلزم نفـقتـه رواية واحدة سـواء كان ناقص الأحكام كـالصغـير

---

(٢٢) تقدم برقم (٥٥) مسألة رقم (٤٧٦).

(2) انظر تلخيص الحبير لابن حجر (٢/ ١٨٤).

تجب مع اتفاق الدين فـتجب مع اختلافـه كنفقة الزوجـة والمملوكة، ولأنه يعتق على قـريبه فيجب عليه الإنفاق عليه كما لو اتفق دينهما.

ولنا: أنها مواساة على سبيل البر والصلة فلم تجب مع اخـتلاف الدين كنفقة غير عمودى النسب ولأنهمـا غير مـتوارثين فلم يجب لأحـدهما على الآخر نـفقتـه بالقرابة، كمـا لو كان أحدهما رقيـقًا، وتفارق نفقة الزوجات لأنهـا عوض يجب مع الإعسار، فلم ينافيـها اختلاف الدين كـالصداق والأجـرة، وكذلك تجب مع الرق فـيهـما أو فى أحـدهما، وكـذلك نفـقة المماليك والعتق عليـه يبطل بسائر ذوى الرحم المحرم، فإنهم يعتـقون مع اختلاف الدين ولا نفقة لهم معه، ولأن هذه صلة ومواساة فلا تجب مع اختلاف الدين كأداء زكاته إليه وعقله عنه وإرثه منه.

الثـالـث: أن يكون القريب محجوبًا عن الميراث بمن هو أقرب منه فينظر فإن كان الأقرب موسـرًا، فالنفقة عليـه ولا شىء على المحجـوب به، لأن الأقرب أولى بالميـراث منه فيكون أولى بالإنفاق، وإن كان الأقرب مـعسرًا وكان من ينفق عليه من عمودى النسب وجـبت نفقته على الموسر وذكر القاضى فى أب معسر وجد موسر أن النفقة على الجد، وقال فى أم معسرة

والمجنون أو ناقص الخلقة كالزمن، وإنما الروايتان فـيمن لا حرفة له ممن يقدر على الكسب بيديه، وقـال الشافعى: يشـترط نقصـانه إما من طريق الحكم أو من طريق الخلقـة، وقال أبو حنيفة: ينفق على الغلام حتى يبلغ، فإذا بلغ صحيـحًا انقطعت نفقته، ولا تسقط نفقة الجارية حتى تزوج، ونحوه قال مالك إلا أنه قال: ينفق على النساء حتى يتزوجن ويدخل بهن الأزواج ثم لا نفقة لهن، وإن طلقن قبل البناء بهن فهن على نفقتهن.

ولنا: قـول النبى ﷺ لهند: «خذى مـا يكفيـك وولدك بالمعـروف» ولم يستـثن منهم صحيحًا ولا بالغًا ولأنه والد أو ولد فقير فـاستحق النفقة على والده أو ولده الغنى كما لو كان زمنًا، ووافق أبو حنيـفة عـلى وجوب نفـقة الوالد وإن كـان صـحيـحًا إذا لم يكن ذا كـسب وللشافعى فى ذلك قولان.

ولنا: أنه والد محتاج فأشبه الزمن.

2- مـسـألة: (وتلزمه نفقة كل من يرثه بفرض أو تعـصيب ممن سواهم سواء ورثه الآخر أو لا، كعمته وعتيقه وحكى عنه: إن لم يرثه الآخر فلا نفقة له).

ظاهر المذهب أن النفـقة تجب على كل وارث لموروثه إذا اجـتمعت الشـروط التى تقدم ذكرها وهو الذى ذكـره الخرقى وبه قال الحسن ومجـاهد والنخعى وقتادة والحسن بن صالح وابن أبى ليلى وأبو ثور، وحكى ابن المـنذر عن أحمد فـى الصبى المـرضع لا أب له نفقـته وأجر رضاعه على الرجال دون النساء، وكذلك روى عن أبيه عن أحمد النفقة على العصبات، وبه قال الأوزاعى وإسـحاق، وذلك لما روى عن عـمر رضي الله عنه أنه قضى علـى بنى عم منفوس

وجدة موسـرة: النفقة على الجدة، وقـد قال أحمد: لا يدفع الزكاة إلى ولد ابنـته لقول النبى ﷺ: «إن ابنى هذا سيـد»[٢٣] فسـماه ابنه وهو ابن ابنته، وإذا منع من دفع الزكـاة إليهم لقرابتـهم، يجب أن تلزمه نفقـتهم عند حاجـتهم، وهذا مذهب الشـافعى، وإن كان من غـير عمودى النسب لم تجب النفقة عليه إذا كان مـحجوبًا، قال القاضى وأبو الخطاب فى ابن فقير وأخ موسر: لا نفقة عليهما، لأن الابن لا نفقـة عليه لعسرته، والأخ لا نفقة عليه لعدم إرثه، ولأن قرابته ضعـيفة لا تمنع شهادته له، فإذا لم يكن وارثًا لم تجب عليـه النفقة كذوى الرحم ويتخرج فى كل وارث لولا الحجب إذا كان من يحجبه معسرًا وجهان:

أحدهما: لا نفقة عليه لأنه ليس بوارث أشبه الأجنبى، والثانى: عليه النفقة لوجود القرابة المقتضية للإرث والإنفاق والمـانع من الإرث لا يمنع من الإنفاق لأنه معسر لا يمكنه الإنفاق فوجوده بالنسبة إلى الإنفاق كعدمه.

بنفقته، احتج به أحـمد، قال ابن المنذر: وروى عن عمر أنه حبس عصبـة ينفقون على صبى الرجال دون النساء ولأنهـا مواساة ومعونة تختص القـرابة فاختصت بالعصبـات كالعقل، وقال أصحاب الرأى: تجب النفقة على كل ذى رحم محرم ولا تجب على غيرهم لقول الله تعالى: ﴿وَأُوْلُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ (الأنفـال: ٧٥) وقال مالك والشـافعى وابن المنذر: لا نفقة إلا على المولودين والوالدين، لأن النبى ﷺ قال لرجل سأله عندى دينار، قال: «أنفقه على نفسك» قال: عندى آخر، قال: «أنفقه على ولدك» قال: عندى آخر، قال: «أنفقـه على زوجك» قال: عندى آخـر، قال: «أنفقـه على خادمك» قال: عندى آخـر، قال: «أنت أبصـر» رواه أبو داود ولم يأمره بإنفـاقه على غـير هؤلاء، ولأن الشـرع إنما ورد بنفـقة الوالدين والمولودين ومن سواهم لا يلحق بهم في الولادة وأحكامها فلا يصح قياسه عليهم.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البـقرة: ٢٣٣) ثم قـال: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (البـقـرة: ٢٣٣) فأوجب على الأب نفقـة الرضاع ثم عطف الوارث عليـه وأوجب على الوارث مـثل مـا أوجب على الوالد، وروى أن رجـلاً سـأل النبى ﷺ: من أبر؟ قال: «أمك وأباك وأختك وأخاك» وفـى لفظ: «ومولاك الذى هو أدناك حقًا واجبًا ورحمًا موصولاً» رواه أبو داود[3]، وهذا نص لأن النبى ﷺ ألزمه الصلة والبر والنفقة من الصلة جعلها حـقًا واجبًا، وما احـتج به أبو حنيفة حجة عليـه فإن اللفظ عام فى كل ذى رحم محـرم فيكون حجـة عليه فيـمن عدا الرحم المـحرم وقد اخـتصت بالوارث فى الإرث فكذلك فى الإنفاق، وأما خبر أصحاب الشافعى فقضية فى عين يحتمل أنه لم يكن له غير من أمر بالإنفاق عليه، ولهذا لم يذكـر الولد والأجداد وأولاد الأولاد، وقولهم: لا يصح القياس،

---

(٢٣) تقدم برقم (٧٥) مسألة رقم (٤٢٤).

(3) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٤/ ٥١١٠) وإسناده ضعيف.

فصل: فأما ذوو الأرحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب، فإن كانوا من غير عمودى النسب فلا نفقة عليهم، نص عليه أحمد فقال: الخالة والعمة لا نفقة عليهما، قال القاضى: لا نفقة لهم رواية واحدة، وذلك لأن قرابتهم ضعيفة وإنما يأخذون ماله عند عدم الوارث فهم كسائر المسلمين، فإن المال يصرف إليهم إذا لم يكن للميت وارث وذلك الذى يأخذه بيت المال، ولذلك يقدم الرد عليهم وقال أبو الخطاب: يخرج فيهم رواية أخرى: أن النفقة تلزمهم عند عدم العصبات وذوى الفروض، لأنهم وارثون فى تلك الحال، قال ابن أبى موسى: هذا يتوجه على معنى قوله والأول هو المنصوص عنه فأما عمود النسب فذكر القاضى ما يدل على

قلنا: إنما أثبتناه بالنص ثم إنهم قد ألحقوا أولاد الأولاد بالأولاد مع التفاوت فبطل ما قالوا، إذا ثبت هذا فإنه يختص بالوارث بفرض أو تعصيب لعموم الآية، ولا يتناول ذوى الأرحام على ما نذكره.

فصل: فإن كان اثنان يرث أحدهما قريبه ولا يرثه الآخر كالرجل مع عمته أو ابنة عمه وابنة أخيه والمرأة مع ابنة بنتها وابن بنتها فالنفقة على الوارث دون الموروث نص عليه أحمد فى رواية ابن زياد، فقال: يلزم الرجل نفقة بنت عمه ولا يلزمه نفقة بنت أخته، وذكر أصحابنا رواية أخرى: لا تجب النفقة على الوارث ههنا، لأنها قرابة ضعيفة لكونها لا يثبت التوارث من الجهتين لقول أحمد: العمة والخالة لا نفقة لهما إلا أن القاضى قال: هذه الرواية محمولة على العمة من الأم فإنه لا يرثها لكونه ابن أخيها من أمها، وذكر الخرقى أن على الرجل نفقة معتقه، لأنه وارث، ومعلوم أن المعتق لا يرث معتقه ولا يلزمه نفقته فعلى هذا يلزم الرجل نفقة عمته لأبويه أو لأبيه وابنة عمه وابنة أخيه كذلك ولا يلزمهن نفقته وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ وكل واحد من هؤلاء وارث.

3- مسألة: (فأما ذوو الأرحام فلا نفقة عليهم رواية واحدة ذكره القاضى، وقال أبو الخطاب: يخرج فى وجوبها عليهم روايتان).

أما ذوو الأرحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب فإن كانوا من غير عمودى النسب فلا نفقة عليهم نص عليه أحمد فقال: الخالة والعمة لا نفقة عليهما، قال القاضى: لا نفقة لهم رواية واحدة، لأن قرابتهم ضعيفة وإنما يأخذون ماله عند عدم الوارث فهم كسائر المسلمين فإن الرواية واحدة، لأن قرابتهم ضعيفة وإنما يأخذون ماله عند عدم الوارث فهم كسائر المسلمين فإن المال يصرف إليهم إذا لم يكن للميت وارث وذلك الذى يأخذه بيت المال، ولذلك يقدم الرد عليهم، وقال أبو الخطاب: يخرج فى وجوبها عليهم رواية أخرى أن النفقة تلزمهم عند عدم العصبات وذوى الفروض لأنهم وارثون فى تلك الحال، قال ابن أبى موسى: هذا يتوجه على معنى قوله، والأول هو المنصوص عنه، وأما عمود النسب فذكر القاضى ما

أنه يجب الإنفـاق عليهم سـواء كانـوا من ذوى الأرحام كـأب الأم وابن البنت أو من غيـرهم وسواء كـانوا محجوبين أو وارثيـن، وهذا مذهب الشافعى، وذلك لأن قـرابتهم قرابة جـزئية وبعضية، وتقتضى رد الشهادة وتمنع جريان القصاص على الوالد بقتل الولد وإن سفل فأوجبت النفقة على كل حال كقرابة الأب الأدنى.

فصل: ولا يشترط فى وجوب نفقة الوالدين والمولودين نقص الخلقة ولا نقص الأحكام فى ظاهر الـمـذهب، وظاهر كلام الخرقى، فإنه أوجب نفقتـهم مطلقًا إذا كانوا فقراء وله ما ينفق عليهم، وقال القاضى: لا يشتـرط فى الوالدين وهل يشترط ذلك فى الولد؟ فكلام أحمد يقتضى روايتين: **إحداهما**: تلزمه نفقته لأنه فقير، **والثانية**: إن كان يكتسب فينفق على نفسه لم تلزم نفقتـه، وهذا القول يرجع إلى أن الذى لا يقدر على كـسب ما يقوم به تلزم نفـقته رواية واحدة، سواء كان ناقص الأحكام كالصغـير والمجنون أو ناقص الخلقة كالزمن[٢٤]، وإنمـا الروايتان فيمن لا حرفـة له ممن يقدر على الكسب ببدنه، وقال الشافعى: يشـترط نقصانه إما من طريق الحكم أو من طريق الخلقة، وقـال أبو حنيفة: ينفق على الغلام حـتى يبلغ فإذا بلغ صحيـحًا انقطعت نفقته، ولا تسقط نـفقة الجارية حتى تزوج ونحوه قـال مالك: إلا أنه قال:

يدل على أنه يجب الإنفـاق عليهم سـواء كانوا من ذوى الأرحام كـأبى الأم وابن البنت أو من غيرهم وسواء كانوا محجوبين أو وارثين وهذا مذهب الشافعى، وذلك لأن قرابتهم قرابة جزئية وبعضية تقتضى رد الشهادة وتمنع جـريان القصاص على الوالد بقتل الولد وإن سفل، فأوجبت النفقة على كل حال كقرابة الأب الأدنى.

4- مـسـألة: (وإن كان للفقيـر وارث فنفقته عليهم على قدر مـيراثهم منه لأن الله تعالى رتب النفقة على الإرث لقوله سبحانه: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ فيجب أن يترتب فى المقدار عليه).

وجملة ذلك: أن الصبى إذا لم يكن له أب فالنفقة على وارثه لما ذكرنا فإن كان له وارثان فالنفقة عليهما على قدر إرثهما منه وإن كانوا ثلاثة أو أكثر فالنفقة عليهم على قدر إرثهم منه.

5- مسألة: (فإذا كان له أم وجد فعلى الأم الثلث والباقى على الجد).

لأنهما يرثانه كذلك، وبهذا قال أبو حنيفة، وقـال الشافعى: النفقة كلها على الجد، لأنه يتفـرد بالتعصيب فـأشبه الأب، وقد ذكـرنا عن أحمد رواية أخـرى أن النفقة على العصـبات خاصـة، ووجه الأول ما ذكرنا من الآية والأم وارثة فكان عليـها بالنص، ولأنه معنى يسـتحق بالنسب فلم يختص به العصبة دون الأم كالوارثة.

فـصل: فإن اجتمـع ابن وبنت فالنفقة بينهما أثلاثًا كـالميراث، وقال أبو حنيفـة: النفقة

---

(٢٤) الزَّمـنُ: ذو الزمانة، والزمانة: آفة الحيوانات، ورجل زَمِنٌ: أى مُـبتَلًى بَيِّنُ الزَّمانة، والزمانة: العاهة، هكذا قاله صاحب اللسان (١٣/ ١٩٩).

ينفق على النساء حتى يتزوجن ويدخل بهن الأزواج ثم لا نفقة لهن وإن طلقن، ولو طلقن قبل البناء بهن فهن على نفقتهن.

ولنا: قال النبى ﷺ لهند: «خذى مـا يكفيك وولدك بالمعروف» لم يستثن منهم بالغًا ولا صحيحًا، ولأنه والد أو ولد فقير فاستحق النفقة على والده أو ولده الغنى كما لو كان زمنًا أو مكفوفًا، فـأما الوالد فإن أبا حنيفة وافقنا على وجـوب نفقته صحيـحًا إذا لم يكن ذا كسب وللشافعى فى ذلك قولان: ولنا إنه والد محتاج فأشبه الزمن.

عليهما سواء لاستوائهما فى القرب، وإن كانت أم وابن فعلى الأم السدس والباقى على الابن، وإن كانت بنت وابن ابن فالنفقة عليهما نصفين، وعند أبى حنيفة هى على البنت لأنها أقرب، وقال الشـافعى فى المسـائل الثلاث: النفـقة على الابن لأنه العـصبة، فـإن كانت له أم وبنت فالنفقة عليهما أرباعًا كميراثهما منه وبه قال أبو حنيفة، وعند الشافعى النفقة على البنت، لأنها تكون عصبة مع أخيها فإن كان له بنت وابن بنت فالنفقة على البنت، وقال أصحاب الشافعى: النفقة على الابن فى أحد الوجهين، لأنه ذكر.

ولنا: قول الله تـعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ فرتب النفقـة على الإرث فيجب أن تترتب فى المقدار عليـه وإيجابها على ابن البنت يخالف النص والمعنى فـإنه ليس بعصبة ولا وارث فلا معنى لإيجابها عليه دون البنت الوارثة.

6- مـسألة: (وإن اجتمع جدة وأخ فعلى الجدة السدس والباقى على الأخ، لأن ميراثهما منه كذلك وعلى هذا المعنى حساب النفقات).

يعنى أن ترتيب النفقات على ترتيب الميراث فكمـا أن للجدة السدس من الميراث فكذلك عليها سدس النفـقة والباقى فى الأخ، لأن باقى الميراث له وعند من لا يرى النفـقة على غير عمودى النسب يجعل النفـقة كلها على الجدة وهذا أصل قد سبق الكلام فيـه فإن اجتمع بنت وأخت أو بنت وأخ أو بنت وعصـبة أو أخت وعصـبة أو أخت وأم أو بنت وبنت ابن أو أخت لأبوين وأخت لأب أو ثلاث أخوات مفـترقات فالنفقة بينهم على قـدر الميراث فى ذلك سواء كان فى المسألة رد أو عول أوث لم يكن، وعلى هذا تحسب ما آتاك من المسائل، فإن اجتمع أم أم وأم أب فهما سواء فى النفقة لاستوائهما فى الميراث.

فـصل: فإن اجتـمع معها أبو أم فالنفـقة على أم الأم، لأنها الوارثة، وإن اجتـمع أم أب وأبوان فعلى الأب السدس والباقى على الجد، وإن اجتمع جد وأخ فهما سواء، وإن اجتمعت أم وجد وأخ فالنفقـة عليهم أثلاثًا، وعند الشافعى النفقة على الجـد فى هذه المسائل كلها إلا المسألة الأولى، فالنفقة عليهما بالسوية، وقد مضى الكلام فى هذا.

فصل: فإن كان فيمن عليه النفقة خنثى مشكل فالنفقة عليه على قدر ميراثه، فإن انكشف بعد ذلك حاله فبان أنه أنفق أكثر من الواجب عليه رجع بالزيادة على شريكه فى الإنفاق، وإن

فـصل: ومن كان له أب من أهل الإنفاق لم تجب نفقته على سواه، لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦) وقال: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: ٢٣٣) وقال النبى ﷺ لهند: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف» فجعل النفقة على أبيهم دونها، ولا خلاف فى هذا نعلمه إلا أن لأصحاب الشافعى فيما إذا اجتمع للفقير أب وابن موسران وجهين: **أحدهما:** أن النفقة على الأب وحده، **والثانى:** عليهما جميعًا لتساويهما فى القرب.

ولنا: أن النفقة على الأب منصوص عليها فيجب اتباع النص وترك ما عداه.

فـصل: ويلزم الرجل إعفاف ابنه إذا احتاج إلى النكاح، وهذا ظاهر مذهب الشافعى، ولهم فى إعفاف الأب الصحيح وجه آخر: أنه لا يجب، وقال أبو حنيفة: لا يلزم الرجل إعفاف أبيه سواء وجبت نفقته أو لم تجب، لأن ذلك من أعظم الملاذ فلم تجب للأب كالحلواء، ولأنه أحد الأبوين فلم يجب له ذلك كالأم.

ولنا: أن ذلك مما تدعو حاجته إليه ويستضر بفقده فلزم ابنه له كالنفقة ولا يشبه الحلواء، لأنه لا يستضر بفقدها وإنما يشبه الطعام والأدم، وأما الأم فإنما إعفافها بتزويجها إذا طلبت

بان أنه أنفق أقل رجع عليه، فلو كان للرجل ابن وولد خنثى عليهما نفقته فأنفقا عليه ثم بان أن الخنثى ابن رجع عليه أخوه بالزيادة، وإن بان بنتًا رجعت على أخيها بفضل نفقتها، لأن من له الفضل أدى ما لا يجب عليه أداؤه معتقدًا وجوبه، فإذا تبين خلافه رجع بذلك كما لو أدى ما يعتقده دينًا فبان خلافه.

7- مسألة: (إلا أن يكون له أب فتكون النفقة عليه وحده).

لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ وقال: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ وقال النبى ﷺ: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف» فجعل النفقة عليه دونها، ولا خلاف فى هذا نعلمه إلا أن لأصحاب الشافعى فيما إذا اجتمع للفقير أب وابن موسران وجهين: **أحدهما:** أن النفقة على الأب وحده، **والثانى:** عليهما، لأنهما سواء فى القرب.

ولنا: أن النفقة على الأب منصوص عليها فيجب اتباع النص وترك ما عداه.

8- مسألة: (ومن له ابن فقير وأخ موسر فلا نفقة له عليهما، وهكذا ذكره القاضى وأبو الخطاب).

لأن الابن لا نفقة عليه لعسرته، والأخ لا نفقة عليه لعدم إرثه، ولأن قرابته ضعيفة لا تمنع شهادته له، فإذا لم يكن وارثًا لم تجب عليه النفقة كذوى الرحم، قال شيخنا: ويتخرج فى كل وارث لولا الحجب إذا كان من يحجبه معسرًا وجهان: **أحدهما:** لا نفقة عليه، لأنه غير وارث أشبه الأجنبى، **والثانى:** عليه النفقة لوجود القرابة المقتضية للإرث والإنفاق،

ذلك وخطبها كفؤها ونحن نقول بوجـوب ذلك عليه وهم يوافقوننا فى ذلك، إذا ثبت هذا فإنه يجب إعفـاف من لزمت نفقتـه من الآباء والأجداد، فإن اجـتمع جدان ولم يمكن إلا إعـفاف أحدهما قدم الأقرب إلا أن يكون أحدهما من جهة الأب والآخر من جهة الأم فيقدم الذى من جهة الأب وإن بعد لأنه عصـبة، والشرع قد اعتبر جهته فى الـتوريث والتعصيب، فكذلك فى الإنفاق والاستحقاق.

فـصل: وإذا وجب عليه إعفاف أبيه فهو مـخير إن شاء زوجه حرة، وإن شاء ملكه أمة أو دفع إليه ما يتزوج به حرة أو يشترى به أمة ، وليس للأب التخيير عليه إلا أن الأب إذا عين امرأة وعين الابن أخرى وصداقهما واحد قدم تعيين الأب، لأن النكاح له والمئونة واحدة فقدم قوله كما لو عينت البنت كفؤًا وعين الأب كفؤًا يقدم تعيينها، وإن اختلفا فى الصداق لم يلزم الابن الأكثر، لأنه إنما يـلزم أقل ما تحصل به الكفاية، ولكن ليس له أن يزوجه أو يملكه قـبيحة أو كبيرة لا استمتاع فيهـا، وليس له أن يزوجه أمة، لأن فيه ضررًا عليه وهو إرقاق ولده والنقص فى استـمتاعه، وإن رضى الأب بذلـك لم يجز لأن الضرر يلحق بغـيره وهو الولد ولذلك لم يكن للموسر أن يتـزوج أمة، وإذا زوجه زوجة أو ملكه أمة فعليـه نفقته ونفقتـها، ومتى أيسر

والمانـع من الإرث لا يمنع من الإنفاق، لأنه مـعسر لا يـمكنه الإنفاق فـوجوده بالنسـبة إلى الإنفاق كعدمه.

9- مسألة: (ومن له أم فقيرة وجدة موسرة فالنفقة عليها يعنى على الجدة) .

وجـملة ذلك: أن الوارث القريب إذا كان معسرًا وكان البـعيد الموسر من عمودى النسب كهذه المسألة وجبت نفقته على الموسر، ذكر القاضى فى أب معسر وجد موسر أن النفقة على الجد، وقال فى أم معسرة وجد موسرة: النفـقة على الجدة، وقد قال أحمد: تدفع الزكاة إلى ولد ابنته لقول النبى ﷺ للحـسن: «إن ابنى هذا سيد»(4) فسمـاه ابنه، وهو ابن بنته، وإذا منع من دفع الزكاة إليهم لقرابتهم يجب أن تلزمه نفقتهم مع حاجتهم، وهذا مذهب الشافعى.

فـصل: فإن كان له قرابتان موسران وأحدهما مـحجوب عن ميراثه بفقير فقـد ذكرنا أن المحجوب إذا كان من عمودى النسب فالظاهر أن الحجب لا يسقط النفقة عنه فى المسألة قبل هذا الفصل، وإن كان من غيـرهما فلا نفقة عليه فى الظاهر، فـعلى هذا إذا كان له أبوان وجد والأب معسـر، فالأب كالمعدوم، فـيكون على الأم ثلث النفقة والباقـى على الجد، وإن كان معهم زوجة فكذلك، وإن قلنا: لا نفقة على المـحجوب فليس على الأم ههنا إلا ربع النفقة، ولا شىء على الجـد، وإن كان أبوان وأخوان وجـد والأب معـسر فلا شىء عـلى الأخوين، لأنهما محجوبان، وليسا من عـمودى النسب، ويكون على الأم الثلث والباقى على الجد كما

---

(4) أخرجـه البخـارى فى «صحيحـه» من كتـاب «الصلح» (٣/ ٢٤٤) وأبو داود فى كتـاب «السنن» (٤/ ح٤٢٩٠).

الأب لم يكن للولد استرجاع، ما دفعه إليه ولا عوض ما زوجه به، لأنه دفعه إليه فى حال وجوبه عليه فلم يملك استرجاعه كالزكاة، وإن زوجه أو ملكه أمة فطلق الزوجة أو أعتق الأمة لم يكن عليه أن يزوجه أو يملكه ثانيًا، لأنه فوّت ذلك على نفسه، وإن ماتتا فعليه إعفافه ثانيًا، لأنه لا صنع له فى ذلك.

فصل: قال أصحابنا: **وعلى الأب إعفاف ابنه إذا كانت عليه نفقته وكان محتاجًا إلى إعفافه**، وهو قول بعض أصحاب الشافعى، وقال بعضهم: لا يجب ذلك عليه.

ولنا: أنه من عمودى نسبه وتلزمه نفقته فيلزمه إعفافه عند حاجته إليه كأبيه، قال القاضى: وكذلك يجىء فى كل من لزمته نفقته من أخ وعم أو غيرهم، لأن أحمد قد نص فى العبد يلزمه أن يزوجه إذا طلب ذلك وإلا بيع عليه، وكل من لزمه إعفافه لزمته نفقة زوجته لأنه لا يتمكن من الإعفاف إلا بذلك، وقد روى عن أحمد أنه لا يلزم الأب نفقة زوجة الابن وهذا محمول على أن الابن كان يجد نفقتها.

١٣٨٣- **مسألة:** قال: **(وكذلك الصبى إذا لم يكن له أب أجبر وارثه على نفقته على قدر ميراثهم منه).**

لو لم يكن أحد غيرهما ويحتمل أن لا يجب على الأم إلا السدس، لأنه لو كان الأب معدومًا لم يرث إلا السدس، وإن قلنا: إن كل محجوب لا نفقة عليه، فعلى الأم السدس حسب ولا شىء على غيرها، وإن لم يكن فى المسألة جد فالنفقة كلها على الأم على القول الأول، وعلى الثانى ليس عليها إلا السدس، وإن قلنا: إن على المحجوب بالعسر النفقة، وإن كان من غير عموردى النسب فعلى الأم السدس، والباقى على الجد والأخوين أثلاثًا كما يرثون إذا كان الأب معدومًا، فإن كان البعض من عليه النفقة غائبًا وله مال حاضر أنفق الحاكم منه حصته، وإن لم يوجد له مال حاضر فأمكن الحاكم الاقتراض عليه اقترض، فإذا قدم فعليه وفاؤه.

10- **مسألة: (ومن كان صحيحًا مكلفًا لا حرفة له سوى الوالدين فهل تجب نفقته؟ على روايتين):**

إحداهما: تجب إذا كان فقيرًا عاجزًا عن الكسب لعموم قول النبى ﷺ لهند: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف» ولم يستثن منهم بالغًا ولا صحيحًا، ولأنه ولد فقير فاستحق النفقة على والده الغنى كالزمن، **والثانية:** لا يجب، وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى الولد الذكر، فأما الجارية فقال أبو حنيفة: لا تسقط نفقتها حتى تتزوج ونحوه قول مالك، لأنه فى مظنة الكسب يقدر عليه غالبًا أشبه الغنى والأول أولى.

11- **مسألة: (ومن لم يفضل عنده إلا نفقة شخص واحد بدأ بالأقرب فالأقرب، فإن كان له أبوان جعله بينهما).**

إذا لم يفضل عن الرجل إلا نفقة شخص واحد وله امرأة فالنفقة لها دون الأقارب لقول

ظاهر المذهب أن النفـقة تجب على كل وارث لموروثه إذا اجـتمعت الشـروط التى تقدم ذكرنا لهـا، وبه قال الحسن ومجـاهد والنخعى وقتادة والحـسن بن صالح وابن أبى ليلى وأبو ثور، وحكى ابن المنذر عن أحمد فى الصبى المرضع لا أب له ولا جـد: نفقته وأجر رضاعه على الرجـال دون النساء، وكـذلك روى بكر بن مـحمـد عن أبيه عـن أحمـد: النفقـة على العصبات، وبه قال الأوزاعى وإسحـاق، وذلك لما روى عن عمر ﷺ أنه قضى على بنى عم منفوس بنفقته(٢٥)، احتج به أحمد، وقال ابن المنذر: روى عن عمر أنه حبس عصبة ينفقون على صبى الرجال دون النساء(٢٦)، ولأنها مواساة ومعونة تختص القرابة فاختصت بالعصبات كالعقل، وقـال أصحاب الرأى: تجب النفقة على كل ذى رحم محـرم ولا تجب على غيرهم لقول الله تعالى: ﴿وَأُوْلُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَابِ اللَّهِ﴾ (الأنفال: ٧٥) وقال مالك والشافـعى وابن المنذر: لا نفقـة إلا على المولودين والوالدين، لأن النـبى ﷺ قال لرجل سأله: عندى دينار؟ قال: «أنفقه على نفسك» قـال عندى آخر؟ قال: «أنفقه على أهلك» قال: عندى آخر؟ قال: «أنفقه على خادمك» قال: عندى آخر؟ قال: «أنت أعلم به»(٢٧) ولم يأمره بإنفاقه على غير هؤلاء، ولأن الشرع إنما ورد بنفقة الوالدين والمولودين ومن سواهم لا يلحق بهم فى الولادة وأحكامها فلا يصح قياسه عليهم.

النبى ﷺ فى حديث جابر: «إذا كـان أحدكم فقيرًا فليـبدأ بنفسه، فإن كـان له فضل فعلى عياله، فإن كان له فضل فعلى قرابته» ولأن نفقة القريب مواساة، ونفقة المرأة تجب على سبيل المعـاوضة فقدمت على مـجرد المواسـاة، وكذلك وجبت مع يسـاره وإعساره بخلاف نفـقة القريب ثم مـن بعدها نفقـة القريب، لأنهـا تجب مع اليسـار والإعسار فـقدمت على مـجرد المواساة ثم من بعد ذلك الأقرب فالأقرب.

١٢- **مسألة:** (فإن كان له أبوان فهو بينهما).

هذا **أحد الوجوه** لتساويهما فى القرب، **والثانى:** تقدم الأم، لأنها أحق بالبر، ولها فضيلة الحمل والرضاع والتربية وزيادة الشفقة، وهى أضعف وأعجز، **والثـالث:** يقدم الأب لفضيلته وانفراده بالولاية على ولده واستحقاقه الأخـذ من ماله، وإضافة النبى ﷺ الولد إليه بقوله: «أنت ومالك لأبيك» والأول أولى.

١٣- **مسألة:** (وإن كان معهما ابن فقال القاضى: إن كان الابن صغيراً أو مجنونًا قدم).

لأن نفقته وجبت بالنص مع أنه عاجز عن الكسب والكبير فى مظنة الكسب وإن كان الابن كبيـرًا والأب زمن فهو أحق، لأن حرمته آكـد وأشد، ويحتمل تقديم الابن لأن نفقـته وجبت

---

(٢٥) أخرجه ابن أبى شيبة فى كتاب «الطلاق» (٤/ ١/ ١٦٧).

(٢٦) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٧/ ٤٧٨) وسعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ١١٣/ ٢٢٨٥).

(٢٧) تقدم برقم (٢٢).

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: ٢٣٣) ثم قـال: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (البقـرة: ٢٣٣) فأوجب على الأب نفقـة الرضاع ثم عطف الوارث عليه فأوجب على الوارث مثل ما أوجب على الوالد.

وروى أن رجلاً سأل النبى ﷺ: من أبر؟ قال: «أمك وأباك وأختك وأخاك»(٢٨) وفى لفظ: «ومولاك الذى هو أدناك حقًا واجبًا ورحمًا موصولاً»(٢٩) رواه أبو داود، وهـذا نص، لأن النبى ﷺ ألزمه الصلة والبر والنفقة من الصلة جعلها حقًا واجبًا، وما احتج به أبو حنيفة حجة عليه، فـإن اللفظ عام فى كل ذى رحم، فيكون حجة عليه فيـمن عدا ذا الرحم المحرم وقد اختصت بالوارث فى الإرث فكذلك فى الإنفـاق، وأما خبر أصحاب الشافعى فـقضية فى عين يحتمـل أنه لم يكن له غير من أمر بالإنفاق عليه، ولهـذا لم يذكر الوالد والأجداد وأولاد الأولاد، وقولهم: لا يصح القياس، قلنا: إنما أثـبتناه بالنص ثم إنهم قد ألحقوا أولاد الأولاد بالأولاد مع التفـاوت فبطل ما قالوه، إذا ثبت هـذا، فإنه يختص بالوارث بفرض أو تعـصيب لعموم الآية، ولا يتناول ذوى الأرحام على ما مضى بيـانه، فإن كان اثنان يرث أحدهما الآخر ولا يرثه الآخر كالرجل مع عمته أو ابنة عمه وابنة أخيـه والمرأة مع ابنة بنتها وابن بنتها فالنفقة على الوارث دون الموروث، نص عليه أحمد فى رواية ابن زياد فقـال: يلزم الرجل نفقة عمته بالنص وإن كانا صحيحين فقيرين ففيه ثلاثة أوجه: **أحدهـما**: التسوية لتساويهما فى القرب، **والثانى**: تقديم الابن لوجوب نفقته بالنص، **والثالث**: تقديم الوالد لتأكد حرمته.

14- مسألة: (وإن كان له أب وجد أو ابن وابن ابن فالأب والابن أحق).

وقال أصـحاب الشـافعى: يسـتوى الأب والجـد فى أحد الوجـهين وكـذلك الابن وابنه لتساويهم فى الولادة والتعصيب.

ولنا: أن الابن والأب أقرب وأحق بميراثه فكانا أحق بالأب مع الأخ.

فـصل: وإن اجتمع ابن وجد أو أب وابن ابن احـتمل وجهين: **أحدهـما**: تقـديم الابن والأب، لأنهمـا أقرب، فإنهمـا يليانه بغير واسـطة ولا يسقط إرثهما بحـال والجد وابن الابن بخلافهما ويحتمل التسوية بينـهما، لأنهما سواء فى الإرث والتعصيب والولادة والأول أولى، فإن اجتمع جد وابن ابن فهما سواء لتساويهما فى القرب والإرث والولادة والتعصيب ويحتمل تقديم الابن، لأن نفقـته ثبتت بالنص ولأنه يسقط تعصـيب الجد ويحتمل تقديم الجـد لتأكد حرمته بالأبوة، وإن اجـتمع جد وأخ احتمل التسوية بينهـما لتساويهما فى استحـقاق الميراث والصـحيح تقـديم الجد، لأن له مـزية الولادة والأبوة، ولأن ابن ابنه يرثه ميـراث ابن والأخ

---

(٢٨) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٢/ ٢٢٦) من حديث أبى روثة وإسناده صحيح.

(٢٩) أخرجه البـخارى فى «الأدب المـفرد» (٤٧) وأبو داود فى «سـننه» (٤/ ٥١٤٠) من طريق كليب بن منفعة عن جبرة، قال: الحافظ فى التقريب: كليب مقبول، وضعفه الألبانى.

ولا يلزمه نفـقة بنت أخيـه، وذكر أصحابنـا رواية أخرى: لا تجب النفقـة على الوارث هـٰهنا لقول أحمد: العمة والخالة لا نفقة لهـما إلا أن القاضى قال: هذه الرواية محمولة على العمة من الأم، فإنه لا يرثـها لكونه ابن أخيـها من أمـها، وقد ذكـر الخرقى: أن على الرجل نفـقة معتقه، لأنه وارثه، ومعلوم أن المعتق لا يرث معتقه، ولا تلزمه نفقته، فعلى هذا يلزم الرجل نفقة عمته لأبويه أو لأبيه وابنة عمه وابن أخته كذلك، ولا يلزمهن نفقته وهذا هو الصحيح إن شاء الله لقـول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (البقـرة: ٢٣٣) وكل واحـد من هؤلاء وارث.

١٣٨٤- **مسألة:** قال: (**فإن كان للصبى أم وجد فعلى الأم ثلث النفقة، وعلى الجد ثلثا النفقة**).

وجملته: أنه إذا لم يكن للصبى أب فالنفقة على وارثه، فإن كان له وارثان فالنفقة عليهما على قدر إرثهما منه، وإن كانوا ثلاثة أو أكثر فالنفقة بينهم على قدر إرثهم منه، فإذا كان له أم وجد فعلى الأم الثلث والبـاقى على الجد، لأنهما يرثانه كذلك، وبهذا قـال أبو حنيفة، وقال الشافعى: النفقة كـلها على الجد، لأنه ينفرد بالتعصيب فأشـبه الأب، وقد ذكرنا رواية أخرى عن أحمد: أن النفقة على العصبات خاصة.

ميراث أخ وميراث الابن آكد فالنفـقة الواجبة به تكون آكد، وإن كان مكان الأخ ابن أخ أو عم فالجد أحق بكل حال، لأنه يقدم عليهما فى الميراث.

15- **مسألة:** (ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين).

وقيل فى عمودى النسب روايتـان ذكرهما القاضى: إحداهـما: تجب مع اخـتلاف الدين وهو مذهب الشافعى، لأنها نفقة مع اتفاق الدين فـتجب مع اختلافه كنفقة الزوجة والمملوك، ولأنه يعتق عليه فيجب عليه الإنفاق عليه كما لو أنفق دينهما.

ولنا: أنها مواساة على سبيل البر والصلة فلم تجب مع اخـتلاف الدين كنفقة غير عمودى النسب، ولأنهما لا يتوارثان فلم يجـب لأحدهما على الآخر نفقة القرابة كمـا لو كان أحدهما رقيـقًا ويفـارق نفقـة الزوجات، لأنهـا عوض يجب مع الإعـسار فلم ينافـها اختـلاف الدين كالصداق والأجرة وكذلك يجب مع الرق فيهمـا أو فى أحدهما وكذلك نفقة المماليك، ولأن هذه النفقة صلة ومواساة فلا تجب مع اختلاف الدين كأداء زكاته إليه وعقله عنه وإرثه منه.

16- **مسألة:** (وإن ترك الإنفاق الواجب مدة لم يلزمه عوضه).

لأن نفقة القرب وجبت لدفع الحاجة وإحـياء النفس وتزكية الحال وقد حصل له ذلك فى الماضى بدونهـا فإن كان الحـاكم قد فرضهـا فينبغى أن نلزمـه، لأنها تأكدت بفـرض الحاكم فلزمته كنفقة الزوجة.

فصل: ويلزم الرجل إعفاف أبيـه إذا احتاج إلى النكاح، وهذا ظاهر مذهب الشـافعى،

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (البقرة: ٢٣٣) والأم وارثة فكان عليها بالنص، ولأنه معنى يستحق بالنسب فلم يختص به الجد دون الأم كالوارثة.

فصل: وإن اجتمع ابن وبنت فالنفقة بينهما أثلاثًا كالميراث، وقال أبو حنيفة النفقة عليهما سواء لأنهما سواء فى القرب، وإن كان أم وابن فعلى الأم السدس والباقى على الابن، وإن كانت بنت وابن ابن فالنفقة بينهما نصفين، وقال أبو حنيفة: النفقة على البنت لأنها أقرب، وقال الشافعى: فى هذه المسائل الثلاث: النفقة على الابن، لأنه العصبة، وإن كانت له أم وبنت فالنفقة بينهما أرباعًا، لأنهما يرثانه كذلك، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعى: النفقة على البنت، لأنها تكون عصبة مع أخيها، وإن كانت له بنت وابن بنت فالنفقة على البنت، وقال أصحاب الشافعى أحد الوجهين: النفقة على ابن البنت لأنه ذكر.

ولنا قول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ فرتب النفقة على الإرث، فيجب أن تترتب فى المقدار عليه وإيجابها على ابن البنت بخلاف النص والمعنى، فإنه ليس بعصبة ولا وارث فلا معنى لإيجابها عليه دون البنت الوارثة.

١٣٨٥- **مسألة:** قال: **(فإن كانت جدة وأخًا، فعلى الجدة سدس النفقة والباقى على الأخ وعلى هذا المعنى حساب النفقات).**

ولهم فى إعفاف الأب الصحيح وجه أنه لا يجب، وقال أبو حنيفة: لا يلزم الرجل إعفاف أبيه سواء وجبت نفقته أو لم تجب، لأن ذلك من الملاذ فلم تجب للأب كالحلوى، ولأنه أحد الأبوين فلم يجب ذلك له كالأم.

ولنا: أن ذلك مما تدعو حاجته إليه ويستضر بفقده فلزم ابنه له كالنفقة ولا يشبه الحلوى، فإنه لا يستضر بفقدها، وإنما يشبه الطعام والأدم، وأما الأم فإن إعفافها إنما هو بتزويجها إذا طلبت ذلك وخطبها كفء لها ونحن نقول بوجوبه عليه وهم يوافقوننا فى ذلك، إذا ثبت ذلك فإنه يجب إعفاف من وجبت نفقته من الآباء والأجداد، فإن اجتمع جدان ولم يمكن إلا إعفاف أحدهما قدم الأقرب إلا أن يكون أحدهما من جهة الأب والآخر من جهة الأم فيقدم الذى من جهة الأب وإن بعد، لأنه عصبة والشرع قد اعتبر جهته فى التوريث والتعصيب فكذلك فى الإنفاق والاستحقاق.

فصل: وإذا وجب عليه إعفاف أبيه فهو مخير إن شاء زوجه وإن شاء ملكه أمة أو دفع إليه ما يتزوج به حرة أو يشترى به أمة وليس للأب التخيير عليه إلا أن الأب إذا عين امرأة وعين الابن أخرى وصداقهما واحد قدم تعيين الأب، لأن النكاح له والمؤنة واحدة فقدم قوله كما لو عينت البنت كفؤًا والأب غيره قدم تعيينها، فإن اختلفا فى الصداق لم يلزم الابن الأكثر، لأنه إنما يلزمه أقل ما يحصل به الكفاية وليس له زوجة قبيحة ولا يملكه إياها ولا كبيرة لا استمتاع فيها ولا أن يزوجه أمة، لأن فيه ضررًا بإرقاق ولده والنقص فى استمتاعه فإن

يعنى: أن ترتيب النفقات على ترتيب الميراث، فكما أن للجدة ههنا سدس الميراث فعليها سدس النفقة، وكما أن الباقى للأخ فكذلك الباقى من النفقة عليه، وعند من لا يرى النفقة على غير عمودى النسب يجعل النفقة كلها على الجدة، وهذا أصل قد سبق الكلام فيه، فإن اجتمع بنت وأخت أو بنت وأخ أو بنت وعصبة أو أخت وعصبة أو أخت وأم أو بنت وبنت ابن أو أخت لأبوين وأخت لأب أو ثلاث أخوات متفرقات فالنفقة بينهم على قدر الميراث فى ذلك سواء كان فى المسألة رد أو عول أو لم يكن، وعلى هذا تحسب ما أتاك من مسائل، وإن اجتمع أم أم وأم أب فهما سواء فى النفقة لاستوائهما فى الميراث.

فصل: فإن اجتمع أبو أم فالنفقة على أم الأم لأنها الوارثة، وإن اجتمع أبو أب فعلى أم الأب السدس، والباقى على الجد، وإن اجتمع جد وأخ فهما سواء، وإن اجتمعت أم وأخ وجد فالنفقة بينهم أثلاثًا، وقال الشافعى: النفقة على الجد فى هذه المسائل كلها إلا المسألة الأولى، فالنفقة عليهما بالسوية، وقد مضى الكلام على أصل هذا فيما تقدم.

فصل: فإن كان فيمن عليه النفقة خنثى مشكل فالنفقة عليه بقدر ميراثه، فإن انكشف بعد ذلك حاله فبان أنه أنفق أكثر من الواجب عليه رجع بالزيادة على شريكه فى الإنفاق، وإن بان أنه أنفق أقل رجع عليه، فلو كان للرجل ابن وولد خنثى عليهما نفقته فأنفقا عليه ثم بان أن

رضى الأب بذلك لم يجز لأن الضرر يلحق بغيره وهو الولد، وكذلك لم يكن للموسر أن يتزوج أمة، ومتى أيسر الأب لم يكن للولد استرجاع ما دفعه إليه ولا عرض ما زوجه به، لأنه دفعه إليه فى حال وجوبه عليه فلم يملك استرجاعه كالزكاة فإن زوجه أو ملكه أمة فطلق الزوجة أو أعتق الأمة لم يكن عليه أو يزوجه أو يملك ثانيًا، لأنه فوت ذلك على نفسه، فإن ماتتا فعليه إعفافه ثانيًا، لأنه لا صنع له فى ذلك، وعلى الأب إعفاف ابنه إذا كانت عليه نفقته وكان محتاجًا إلى الإعفاف، ذكره أصحابنا وهو قول بعض أصحاب الشافعى، وقال بعضهم: لا يجب ذلك.

ولنا: أنه من عمودى نسبه وتلزمه نفقته فيلزمه إعفافه عند حاجته إليه كأبيه، قال القاضى: وكذلك يجىء فى كل من لزمته نفقته من أخ وعم وغيرهم، لأن أحمد نص فى العبد يلزمه أن يزوجه إذا طلب ذلك وإلا بيع عليه.

17- **مسألة:** (ومن لزمته نفقة رجل فهل يلزمه نفقة امرأته؟ **على روايتين**).

كل من لزمه إعفاف رجل لزمته نفقة امرأته، لأنه لا يتمكن من الإعفاف إلا بذلك، وقد روى عن أحمد أنه لا يلزم الأب نفقة زوجة الابن وهذا محمول على أن الابن كان يجد نفقتها.

فصل: والواجب فى نفقة القريب قدر الكفاية من الخبز والأدم والكسوة بقدر العادة كما ذكرنا فى الزوجة، لأنها وجبت للحاجة فتقدرت بما تندفع به الحاجة، وقد قال النبى ﷺ

الخنثى ابن رجع عليه أخوه بالزيادة وإن بان بنتًا رجعت على أخيها بفضل نفقتها، لأن من له الفضل أدى ما لا يجب عليه أداؤه معتقدًا وجوبه، فإذا تبين خلافه رجع بذلك: كما لو أدى ما يعتقده دينًا فأبان بخلافه.

فصل: فإن كان له قرابتان موسران وأحدهما محجوب عن ميراثه فقير فقد ذكرنا أنه إن كان المحجوب من عمودى النسب فالظاهر أن الحجب لا يسقط النفقة عنه، وإن كان من غيرهما فلا نفقة عليه، فعلى هذا إذا كان له أبوان وجد والأب معسر كان الأب كالمعدوم، فيكون على الأم ثلث النفقة، والباقى على الجد، وإن كان معهم زوجة فكذلك، وإن قلنا: لا نفقة على المحجوب فليس على الأم هنهنا إلا ربع النفقة، ولا شىء على الجد، وإن كان أبوان وأخوان وجد والأب معسر فلا شىء على الأخوين، لأنهما محجوبان وليسا من عمودى النسب ويكون على الأم الثلث والباقى على الجد كما لو لم يكن أحد غيرهما، ويحتمل أن لا يجب على الأم إلا السدس، لأنه لو كان الأب معدومًا لم ترث إلا السدس، وإن قلنا: إن كل محجوب لا نفقة عليه، فليس على الأم إلا السدس ولا شىء على غيرها، وإن لم يكن فى المسألة جد فالنفقة كلها على الأم على القول الأول، وعلى الثانى ليس عليها إلا السدس،

لهند: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف» فقدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية، فإن احتاج إلى خادم فعليه إخدامه كقولنا فى الزوجة، لأن ذلك من تمام الكفاية.

فصل: ويجب على المعتق نفقة عتيقه على قولنا: إن النفقة تجب على الوارث على ما قررناه، والمعتق وارث عتيقه فوجبت عليه نفقته إذا كان فقيرًا ولمولاه يسار ينفق عليه منه وقال مالك والشافعى وأصحاب الرأى: لا تجب عليه نفقته بناء على أصولهم المذكورة.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (البقرة: ٢٣٣) وقول النبى ﷺ: «أمك وأباك، وأختك وأخاك، ثم أدناك أدناك، ومولاك الذى يلى ذاك، حقًا واجبًا ورحمًا موصولاً» ولأنه يرثه بالتعصيب فكانت عليه نفقته كالأب، ويشترط فى وجوب الإنفاق عليه الشروط المذكورة فى غيره.

فصل: فإن مات مولاه فالنفقة على الوارث من عصباته على ما ذكرناه فى الولاء، ويجب على السيد نفقة أولاد عتيقه إذا كان له عليهم ولاء، لأنه عصبتهم ووارثهم وعليه نفقة أولاد معتقيه إذا كان أبوهم عبدًا كذلك فإن أعتق أبوهم فانجر الولاء إلى معتقه صار ولاؤهم لمعتق أبيهم ونفقتهم عليه إذا كملت الشروط على العتيق نفقة معتقه، وإن كان فقيرًا، لأنه لا يرثه، فإن كان واحد منهما مولى الآخر فعلى كل واحد منهما نفقة الآخر، لأنه يرثه.

فصل: وليس على العبد نفقة ولده حرة كانت الزوجة أو أمة، لأن الحرة ولدها أحرار وليس على العبد نفقة أقاربه الأحرار لأن نفقتهم تجب على سبيل المواساة وليس هو من أهلها وإن كانت زوجته مملوكة فولدها عبيد لسيدها، لأنهم يتبعونها فتكون نفقتهم على مالكهم.

وإن قلنا: إن على المحجوب بالمعسر النفقة وإن كان من غير عمودى النسب فعلى الأم السدس والباقى على الجد والأخوين أثلاثًا كما يرثون إذا كان الأب معدومًا، وإن كان بعض من عليه النفقة غائبًا وله مال حاضر أنفق الحاكم منه حصته، وإن لم يوجد له مال حاضر فأمكن الحاكم الاقتراض عليه اقترض، فإذا قدم فعليه وفاؤه.

فصل: ومن لم يفضل عن قوته إلا نفقة شخص وله امرأة فالنفقة لها دون الأقارب، لقول النبى ﷺ فى حديث جابر: «إذا كان أحدكم فقيرًا فليبدأ بنفسه، فإن كان له فضل فعلى عياله، فإن كان له فضل فعلى قرابته»(٣٠) ولأن نفقة القريب مواساة ونفقة المرأة تجب على سبيل المعاوضة، فقدمت على مجرد المواساة، ولذلك وجبت مع يسارهما وإعسارهما، ونفقة القريب بخلاف ذلك، ولأن نفقة الزوجة تجب لحاجته فقدمت على نفقة القرابة كنفقة نفسه، ثم من بعدها نفقة الرقيق، لأنها تجب مع اليسار والإعسار فقدمت على مجرد المواساة، ثم من بعد ذلك الأقرب فالأقرب، فإن اجتمع أب وجد وابن وابن ابن قدم الأب على الجد والابن على ابنه، وقال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين: يستوى الأب والجد والابن وابنه لتساويهم فى الولادة والتعصيب.

فصل: ونفقة أولاد المكاتب الأحرار وأقاربه لا تجب عليه، لأنها تجب على سبيل المواساة وليس هو من أهلها، وكذلك لا تجب عليه الزكاة فى ماله فإن كانت زوجته حرة فنفقة أولادها عليها، لأنهم يتبعونها فى الحرية، وإن كان لهم أقارب أحرار كجد وأخ حر مع الأم أنفق كل واحد منهم بحسب ميراثه والمكاتب كالمعدوم بالنسبة إلى النفقة، فأما ولد المكاتب من أمته فنفقتهم عليه، لأن ولده من أمته تابع له يعتق بعتقه فجرى مجرى نفسه فى النفقة فكما أنه ينفق على نفسه فكذلك على ولده الذى هذا حاله، ولأن هذا الولد ليس له من ينفق عليه سوى أبيه فإن أمه أمة للمكاتب وليس له من الأحرار أقارب فيتعين على المكاتب الإنفاق عليه كأمه، ولأنه لا ضرر على السيد فى إنفاق المكاتب على ولده من أمته، لأنه إذا أدى وعتق فقد وفى مال الكتابة وليس للسيد أكثر منه، وإن عجز ورق عاد إليه المكاتب وولده الذى أنفق عليه فكأنه إنما أنفق على عبده وتصير نفقته عليه كنفقته على سائر رقيقه.

فصل: فأما ولد المكاتب إذا كان من زوجته المكاتبة فإنهم يتبعونها فى الكتابة ويكون حكمهم حكمها إن رقت رقوا، وإن عتقت بالأداء عتقوا فتكون نفقتهم عليها مما فى يديها، لأنهم فى حكم نفسها ونفقتها على نفسها مما فى يديها فكذلك نفقة ولدها، وأما زوجها المكاتب فليس عليه نفقتهم، لأنهم عبيد لسيد المكاتبة، إن أراد المكاتب التبرع بالنفقة على والده من أمه أو مكاتبة لغير سيده أو حرة فليس له ذلك لأن فيه تغريرًا بمال سيده وإن كان من أمة لسيده جاز، لأنه مملوك لسيده فهو ينفق عليه من المال الذى تعلق به حق سيده، وإن كان

---

(٣٠) تقدم برقم (٢٠) مسألة رقم (١٣٨٢).

ولنا: أن الأب والابن أقرب وأحق بميراثه فكانا أحق كالأب مع الأخ، وإن اجتمع ابن وجد أو أب وابن ابن احتمل وجهين: **أحدهما:** تقديم الابن والأب لأنهما أقرب فإنهما يليانه بغير واسطة ولا يسقط إرثهما بحال، والجد وابن الابن بخلافهما، ويحتمل التسوية بينهما لأنهما سواء فى الإرث والتعصيب والولادة، وإن اجتمع جد وابن ابن فهما سواء لتساويهما فى القرب والإرث والولادة والتعصيب، ويحتمل فيهما ما يحتمل فى الأب والابن على ما سنذكره.

فصل: وإن اجتمع أب وابن فقال القاضى: إن كان الابن صغيراً أو مجنونًا قدم، لأن نفقته وجبت بالنص مع أنه عاجز عن الكسب، والأب قد يقدر عليه، وإن كان الابن كبيراً والأب زمن فهو أحق لأن حرمته آكد، وحاجته أشد، ويحتمل تقديم الابن، لأن نفقته وجبت بالنص، وإن كانا صحيحين فقيرين ففيهما ثلاثة أوجه:

أحدها: التسوية بينهما لتساويهما فى القرب وتقابل مرتبتهما، **والثانى:** تقديم الابن لوجوب نفقته بالنص، **والثالث:** تقديم الأب لتأكد حرمته، وإن اجتمع أبوان، ففيهما الوجوه الثلاثة: **أحدها:** التسوية لما ذكرنا، **والثانى:** تقديم الأم لأنها أحق بالبر ولها فضيلة الحمل والرضاع والتربية وزيادة الشفقة وهى أضعف وأعجز، **والثالث:** تقديم الأب لفضيلته وانفراده بالولاية على ولده واستحقاق الأخذ من ماله وإضافة النبى ﷺ الولد وماله إليه بقوله: «أنت ومالك لأبيك»(٣١) والأول أولى، وإن اجتمع جد وأخ احتمل التسوية بينهما لاستوائهما فى استحقاق ميراثه، والصحيح أن الجد أحق لأنه له مزية الولادة والأبوة، ولأن ابن ابنه يرثه ميراث ابن، ويرث الأخ، ميراث أخ وميراث الابن آكد، فالنفقة الواجبة به تكون آكد، وإن كان مكان الأخ ابن أخ أو عم فالجد أولى بكل حال.

من مكاتبة لسيده احتمل الجواز، لأنه فى الحال بمنزلة أمه وأمه مملوكة لسيدها واحتمل أن لا يجوز، لأن فيه تغريراً ويحتمل أن يعجز هو وتؤدى المكاتبة فيعتق ولدها فيحصل الإنفاق عليه من مال سيده ويصير حرّاً.

فصل: ويجب نفقة ظئر الصبى على من تلزمه نفقته، لأن نفقة ظئر الصغير كنفقة الكبير ويختص وجوب النفقة بالأب وحده كالكبير.

18- **مسألة:** (وليس له منع المرأة من رضاع ولدها إذا طلبت ذلك).

إذا طلبت الأم رضاع ولدها بأجر مثلها فهى أحق به سواء كانت فى حال الزوجية أو بعدها وسواء وجد الأب مرضعة متبرعة أو لم يجد، قال أصحاب الشافعى: إن كانت فى حبال الزوج فلزوجها منعها من رضاعه، لأنه يفوت حق الاستمتاع بها فى بعض الأحيان، وإن استأجرها على رضاعه لم يجز، لأن المنافع حق له فلا يجوز أن يستأجر ما هو أو بعضه حق

---

(٣١) تقدم برقم (٥٤) مسألة رقم (٤٧٦).

فصل: والواجب فى نفقة القريب قدر الكفاية من الخبز والأدم والكسوة بقدر العادة على ما ذكرناه فى الزوجة، لأنها وجبت للحاجة فتقدرت بما تندفع به الحاجة، وقد قال النبى ﷺ لهند: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف» (٣٢) فقدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية، فإن احتاج إلى خادم فعليه إخدامه كما قلنا فى الزوجة، لأن ذلك من تمام كفايته.

١٣٨٦- **مسألة:** قال: **(وعلى المعتق نفقة معتقه إذا كان فقيراً لأنه وارثه)**.

هذا مبنى على الأصل الذى تقدم وأن النفقة تجب على الوارث والمعتق وارث عتيقه فتجب عليه نفقته إذا كان فقيراً ولمولاه يسار ينفق عليه منه، وقال مالك والشافعى وأصحاب الرأى: لا تجب عليه نفقته بناء على أصولهم التى ذكرناها.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (البقرة: ٢٢٣) وقال النبى ﷺ: «أمك وأباك، وأختك وأخاك، ثم أدناك أدناك، ومولاك الذى يلى ذاك، حقا واجبا ورحما موصولاً» (٣٣) ولأنه يرثه بالتعصيب فكانت عليه نفقته كالأب، ويشترط فى وجوب الإنفاق عليه الشروط المذكورة فى غيره.

فصل: فإن مات مولاه فالنفقة على الوارث من عصباته على ما بُيِّنَ فى باب الولاء (٣٤)، ويجب على السيد نفقة أولاد عتيقه إذا كان له عليهم ولاء لأنه عصبتهم ووارثهم، وعليه نفقة أولاد معتقه إذا كان أبوهم عبداً كذلك، فإن أعتق أبوهم فانجر الولاء إلى معتقه صار ولاؤه لمعتق أبيهم ونفقتهم عليه إذا كملت الشروط، وليس على المعتق نفقة معتقه إذا كان فقيراً، لأنه لا يرثه، فإن كان كل واحد منهما مولى صاحبه مثل أن يعتق الحربى عبداً ثم يسبى العبد سيده فيعتقه فعلى كل واحد منهما نفقة الآخر، لأنه يرثه.

١٣٨٧- **مسألة:** قال: **(وإذا زوجت الأمة لزم زوجها أو سيده إن كان مملوكًا نفقتها)**.

وجملته: أن زوج الأمة لا يخلو إما أن يكون حرّا أو عبداً أو بعضه حر وبعضه عبد، فإن كان حرّا فنفقتها عليه للنص واتفاق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن

له، وإن أرضعت الولد فهل لها أجر المثل؟ على وجهين، وإن كانت مطلقة فطلبت أجر المثل فأراد انتزاعه منها ليسلمه إلى من يرضعه بأجر المثل أو أكثر لم يكن له ذلك، وإن وجد متبرعة أو مرضعة بدون أجر المثل فله انتزاعه منها فى ظاهر المذهب، لأنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها، وقال أبو حنيفة: إن طلبت الأجرة لم يلزم الأب بذلها، ولا يسقط حقها من الحضانة، وتأتى المرضعة ترضعه عندها، لأنه أمكن الجمع بين الحقين فلم يجز الإخلال بأحدهما.

ولنا: قوله سبحانه: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ (البقرة: ٢٣٣) فقدمهن

---

(٣٢) تقدم تخريجه فى الحديث رقم (٣) مسألة رقم (١٣٧٩). (٣٣) تقدم برقم (٢٩).

(٣٤) انظر ما تقدم فى باب «ميراث الولاء» فى المسألة رقم (١٠٦٠).

البالغين، والأمة داخلة فى عمومهن، ولأنها زوجة ممكنة من نفسها فوجب على زوجها نفقتها كالحرة، وإن كان زوجها مملوكًا فالنفقة واجبة لزوجته لذلك، قال ابن المنذر(*) : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن على العبد نفقة زوجته، هذا قول الشعبى والحاكم والشافعى وبه قال أصحاب الرأى إذا بوأها بيتًا، وحُكى عن مالك أنه قال: ليس عليه نفقتها، لأن النفقة مواساة، وليس هو من أهلها، ولذلك لا تجب عليه نفقة أقاربه ولا زكاة ماله.

ولنا: أنها عِوَض واجب فى النكاح فوجبت على العبد كالمهر، والدليل على أنها عوض أنها تجب فى مقابلة التمكين ولهذا تسقط عن الحر بفوات التمكين، وفارق نفقة الأقارب، إذا ثبت وجوبها على العبد فإنها تلزم سيده، لأن السيد أذن له فى النكاح المفضى إلى إيجابها، وقال ابن أبى موسى: فيه رواية أخرى: أنها تجب فى كسب العبد، وهو قول أصحاب الشافعى لأنه لم يمكن إيجابها فى ذمته ولا رقبته ولا ذمة سيده ولا إسقاطها فلم يبق إلا أن تتعلق بكسبه، وقال القاضى: تتعلق برقبته، لأن الوطء فى النكاح بمنزلة الجناية وأرش جناية العبد يتعلق برقبته يباع فيها أو يفديه سيده، وهذا قول أصحاب الرأى.

ولنا: أنه دين أذن السيد فيه فلزم ذمته كالذى استدانه وكيله، وقولهم: إنه فى مقابلة الوطء، غير صحيح فإنه يجب من غير وطء، ويجب للرتقاء والحائض والنفساء وزوجة المجبوب والصغير وإنما يجب بالتمكين وليس ذلك بجناية ولا قائم مقامها، وقول من قال إنه تعذر إيجابه فى ذمة السيد غير صحيح فإنه لا مانع من إيجابه، وقد ذكرنا وجود مقتضيه فلا معنى لدعوى التعذر.

١٣٨٨- مسألة: قال: **(وإن كانت أمة تأوى بالليل عند الزوج وبالنهار عند المولى أنفق كل واحد منهما مدة مقامها عنده)** .

هذه المسألة قد تقدمت(٣٥) ، وذكرنا أن النفقة فى مقابلة التمكين وقد وجد منها فى الليل فتجب على الزوج النفقة فيه، والباقى منها على السيد بحكم أنها مملوكته لم تجب لها نفقة

على غيرهن، وهذا خبر يراد به الأمر وهو عام فى كل والدة، وقوله: ﴿ **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ** ﴾ (الطلاق: ٦) .

ولنا: على جواز الاستئجار أنه عقد إجارة يجوز مع غير الزوج إذا أذن فيه فجاز مع الزوج كإجارة نفسها للخياطة، وقولهم: إن المنافع مملوكة له، لا يصح فإنه لو ملك منفعة الحضانة لملك إجبارها عليها، ولم يجز إجارة نفسها لغيره بإذنه ولكانت الأجرة لها، وإنما امتنع إجارة نفسها لأجنبى بغير إذنه لما فيه من تفويت الاستمتاع فى بعض الزمان، ولهذا جازت بإذنه، وإذا استأجرها فقد أذن لها فى إجارة نفسها فصح كما يصح من الأجنبى، أما الدليل على

(*) انظر الإجماع لابن المنذر (٨٤/ ٣٨٩).

(٣٥) انظر هذه المسألة برقم (١١٤٣).

على غيـره فى هذا الزمن، فيكون على هذا عـلى كل واحد منهمـا نصف النفقـة، وهذا أحد قولى الشافعى، وقـال فى الآخر: لا نفقة لها على الزوج لأنها لم تمكن من نفسـها فى جميع الزمان فلم يجب لها شىء من النفقة كالحرة إذا بذلت نفسها فى أحد الزمانين دون الآخر.

ولنا: أنه وجد التمكين الواجب بعقد النكاح فاستحقت النفقة كالحرة إذا مكنت من نفسها فى غيـر أوقات الصلوات المفروضـات والصوم الواجب والحج المفروض، وفـارق الحرة إذا امتنعت فى أحد الزمانين فإنها لم تبذل الواجب فتكون ناشزًا، وهذه ليست ناشزًا ولا عاصية.

١٣٨٩- **مـسألة:** قال: **(فإن كان لها ولد لم لتزمه نفقة ولده حرًّا كان أو عبدًا، ونفقتهم على سيدهم)**.

يعنى: الأمة ليس على زوجها نفقة ولده منها وإن كـان حرًّا، لأن ولد الأمة عبد لسيدها، فإن الولد يتبع أمه فى الرق والحـرية فتكون نفقتهم على سيدهم دون أبيـهم، فإن العبد أخص بسيـده من أبيه، ولذلك لا ولاية بينه وبين أبيه ولا مـيراث ولا إنفاق وكل ذلك للسيـد، وقد رويت عن أبى عـبد الله رحمـه الله رواية أخرى أن ولد العـربى يكون حرًّا وعلى أبيـه فداؤه، فعلى هذا تكون نفقـتهم عليه، ولو أعتق الولد سيده أو علق عـتقه بولادة أو تزوج الأمة على أنها حرة فولده منها أحرار وعلى أبيهم نفقتهم فى هذه المواضع كلها إذا كان حرًّا وتحققت فيه شرائط الإنفاق.

فـصل: وإذا طلق الأمة طلاقًا رجعيًا فلها النفقة فى العدة لأنها زوجة، وإن أبانها وهى حائل فلا نفقة لهـا، لأنها لو كانت حرة لم يكن لها نفقة فالأمـة أولى، وإن كانت حاملاً فلها النفقة لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦) نص على هذا أحمـد، وبه قال إسـحاق، وقد روى عن أبى عـبد الله رحمـه الله فى نفقـة الحامل روايتان: هل هى للحمل أو للحامل بسـببه؟ روايتان: **إحداهـما:** هى للحمـل، فعلى هذا لا تجب للمملوكة الحامل البائن نفقة لأن الحمل مملوك لسيدها فنفقته عليه، وللشافعى فى هذا قولان كالروايتين.

وجوب تقديم الأم إذا طلبت أجر المثل على المتـبرعة فما ذكرنا من الآيتين، ولأن الأم أحنى وأشفق ولبنها أمـرأ من لبن غيرها فكانت أحق به من غيـرها، كما لو طلبت الأجنبيـة رضاعه بأجر مثلها، ولأن فى رضـاع غيرها تفويتًا لحق الأم من الحضـانة وإضرارًا بالولد، ولا يجوز تفويت حق الحضانة الواجب والإضرار بالولد لغرض إسقاط حق أوجبه الله تعالى على الأب، وقول أبى حنيفة يفضى إلى تفويت حق الولد مـن لبن أمه، وتفويت الأم فى إرضاعه لبنها فلم يجز ذلك كـما لو تبرعت برضاعـه، فأما إن طلبت الأم أكـثر من أجر مثلهـا ووجد الأب من يرضعه بأجر مثلها أو متبرعة جاز انتزاعه منها، لأنها أسقطت حقها باشتطاطها وطلبها ما ليس لها فدخلت فـى قوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾ (الطـلاق: ٦) وإن لم يجـد

فصل: وإن طلق العبد زوجته الحامل طلاقًا بائنًا انبنى على وجوب النفقة على الروايتين في النفقة هل هي للحمل أو للحامل؟ فإن قلنا: هي للحمل، فلا نفقة على العبد، وبه قال مالك، وروى ذلك عن الشعبي، لأنه لا تجب عليه نفقة ولده، وإن قلنا: هي للحامل بسببه، وجبت لها النفقة، وهذا قول الأوزاعي: لأن الله تعالى قال: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦) ولأنها حامل فوجبت لها النفقة كما لو كان زوجها حرًا.

فصل: والمعتق بعضه عليه من نفقة امرأته بقدر ما فيه من الحرية وباقيها على سيده أو في ضريبته أو في رقبته على ما ذكرنا في العبد، والقدر الذي يجب عليه بالحرية يعتبر فيه حاله إن كان موسرًا فنفقة الموسرين، وإن كان معسرًا فنفقة المعسرين، والباقي تجب فيه نفقة المعسرين، لأن النفقة مما يتبعض وما يتبعض بعضناه في حق المعتق بعضه كالميراث والديات، وما لا يتبعض فهو فيه كالعبد، لأن الحرية إما شرط فيه أو سبب له فلم يكمل وهذا اختيار المزني، وقال الشافعي: حكمه حكم القن في الجميع إلحاقًا لأحد الحكمين بالآخر.

ولنا: أنه يملك بنصفه الحر ملكًا تامًا، ولهذا يورث عنه ويكفر بالإطعام ويجب فيه نصف دية الحر فوجب أن تتبعض نفقته، لأنها من جملة الأحكام القابلة للتبعيض، فأما نفقة أقاربه فيلزمه منها بقدر ميراثه، لأن النفقة تنبني على الميراث، وعند المزني تلزمه كلها، لأنها لا تتبعض، وعند الشافعي لا يلزمه شيء، لأن حكمه حكم العبيد، وقد سبق الكلام في هذا.

١٣٩٠- **مسألة:** قال: (وليس على العبد نفقة ولده حرة كانت الزوجة أو أمة).

مرضعة إلا بتلك الأجرة فالأم أحق، لأنهما تساوتا في الأجر فقدمت الأم كما لو طلبت كل واحدة منهما أجر مثلها.

فصل: وإن طلبت المزوجة بأجنبي إرضاع ولدها بأجر مثلها بإذن زوجها ثبت حقها وكانت أحق به من غيرها، لأن الأم إنما منعت من الإرضاع لحق الزوج، فإذا أذن فيه زال المانع فصارت كغير ذات الزوج، وإن منعها الزوج سقط حقها لتعذر وصولها إليه.

فصل: وإن أرضعت المرأة ولدها وهي في حبال والده فاحتاجت إلى زيادة نفقة لزمه لقول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: ٢٣٣) ولأنها تستحق عليه قدر كفايتها، فإذا زادت حاجتها زادت كفايتها.

19- **مسألة:** (وإن امتنعت من رضاعه لم تجبر إلا أن يضطر إليها ويخشى عليه).

ليس للزوج إجبار أم الولد على إرضاعه دنية كانت أو شريفة، وسواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة، قال شيخنا: ولا نعلم في عدم إجبارها على ذلك إن كانت مفارقة خلافًا، وكذلك إن كانت مع الزوج عندنا، وبه يقول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وقال ابن أبي

أما إذا كانت زوجة العبد حرة فولدها أحرار، لأن الولد يتبع الأم فى الرق والحرية وليس على العبد نفقة أقاربه الأحرار، لأن نفقتهم تجب على سبيل المواساة، وليس هو من أهلها، وأما إذا كانت زوجته مملوكة فولدها عبيد لسيدها، لأنهم يتبعونها فتكون نفقتهم على سيدهم.

فصل: وحكم المكاتب فى نفقة الزوجات والأولاد والأقارب حكم العبد القن، لأنه عبد ما بقى عليه درهم إلا أنه إذا كانت له زوجة أنفق عليها من كسبه لأن نفقة الزوجة واجبة بحكم المعاوضة مع اليسار والإعسار ولذلك وجبت على العبد فعلى المكاتب أولى، ولأن نفقة المرأة لا تسقط عن أحد من الناس إذا لم يوجد منها ما يسقط نفقتها ولا يمكن إيجابها على سيده لأن نفقة المكاتب لا تجب على سيده فنفقة امرأته أولى، فأما نفقة أولاده وأقاربه الأحرار فلا تجب عليه لأنها تجب على سبيل المواساة وليس هو من أهلها ولذلك لا تجب عليه الزكاة فى ماله ولا الفطرة فى بدنه فإن كانت زوجته حرة فنفقة أولادها عليها لأنهم يتبعونها فى الحرية، وإن كان لهم أقارب أحرار كجد حر وأخ حر مع الأم أنفق كل واحد منهم بحسب ميراثه والمكاتب كأنه معدوم بالنسبة إلى النفقة.

١٣٩١- **مسألة:** قال: (وعلى المكاتبة نفقة ولدها دون أبيه المكاتب).

وجملته أن المكاتب إذا كان له ولد ولم يخل إما أن يكون من زوجته أو من أمته، فإن كان من زوجته وكانت مكاتبة فولدها يتبعونها فى الكتابة ويكونون موقوفين على كتابتها إن رقت رقوا وإن عتقت بالأداء عتقوا فتكون نفقتهم عليها مما فى يديها، لأنهم فى حكم نفسها ونفقتها مما فى يديها فكذلك على ولدها، وأما زوجها المكاتب فليس عليه نفقتهم، لأنهم عبيد لسيد المكاتبة، وإن كانت زوجته حرة أو أمة فقد بينا حكمهم، وإن أراد المكاتب التبرع بالإنفاق على ولده، وكان من أمة أو مكاتبة لغير سيده أو حرة لم يكن له ذلك، لأن فيه تغريراً بمال سيده، وإن كان من أمة لسيده جاز، لأنه مملوك لسيده فهو ينفق عليه من المال الذى تعلق به حق سيده، وإن كان من مكاتبة لسيده احتمل الجواز، لأنه فى الحال بمنزلة أمه، وأمه مملوكة لسيدها، ويحتمل أن لا يجوز، لأن فيه تغريراً إذ لا يحتمل أن يعجز هو وتؤدى المكاتبة فيعتق ولدها فيحصل الإنفاق عليها من مال سيده ويصير حراً.

ليلى والحسن بن صالح: له إجبارها على ذلك، وهو قول أبى ثور ورواية عن مالك، لقول الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ (البقرة: ٢٣٣) والمشهور عن مالك أنها إن كانت شريفة لم تجر عادة مثلها بالرضاع لولدها لم تجبر عليه، وإن كانت ممن ترضع فى العادة أجبرت عليه.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾ (الطلاق: ٦) وإذا اختلفا فقد تعاسرا، ولأن الإجبار على الرضاع إما أن يكون لحق الولد أو لحق الزوج أو لهما لا يجوز أن يكون لحق الزوج، فإنه لا يملك إجبارها على رضاع ولده من غيرها ولا على خدمته فيما

١٣٩٢- **مسألة:** قال: (وعلى المكاتب نفقة ولده من أمته).

أما ولد المكاتب من أمته فنفقتهم عليـه، لأن ولده من أمته تابع له يرق برقه ويعتق بعتقه فجرى مجـرى نفسه فى النفقة فكما أن المكاتب يـنفق على نفسه فكذلك على ولده الذى هذا حاله، ولأن هـذا الولد ليس له من ينفق عليه سـوى أبيه فـإن أمه أمـة للمكاتب وليس له من الأحرار أقارب فيـتعين على المكاتب الإنفاق عليه كأمه، ولأنه لا ضـرر على السيد فى إنفاق المكاتب على ولده من أمته، لأنه إن أدى وعـتق فقد وفَّى مال الكتابة وليس للسيـد أكثر منها وإن عجز ورق عـاد إليه المكاتب وولده الذى أنفق عليـه فكأنه إنما أنفق على عبده، وتصـير نفقته عليه كنفقته على سائر رقيقه.

فـصل: **وليس للمكاتب أن يتسرى بأمـته إلا بإذن سيده،** لأن ملكه غير تام وعلى السيد ضرر فى تسريه بهـا لما فيه من التغـرير بها، وإن أذن له سيده فى ذلك جـاز لأن المنع لحقه فجاز بإذنه كما لو أذن لعبده القن، وإن وطئ بغيـر إذنه فلا حد عليه لأنه وطئ مملوكته، فإن أولدها فى المـوضعـين صارت أم ولد له ليس لـه بيعـها ولا بيع ولده فـإن عتق عـتق ولدها وصارت الأمة أم ولد تعـتق بموته، وإن رق رقت هى وولدها وصارت أمة لسـيده، والمكاتب وولده عبـدان له، ويلزم المكاتب الإنفاق على عبـيده وإمائه وأمـهات أولاده، لأنهم ملك له فلزمه الإنفاق عليهم كبهائمه.

يختص به، ولا يجوز أن يكون لحـق الولد، لأنه لو كان له للزمها بعد الفـرقة، ولأنه ما يلزم الوالد لولده فلزم الأب على الخصوص كالنفقة أو كمـا بعد الفرقة، ولا يجوز أن يكون لهما، لأن ما لا مناسبة فيه لا يثبت الحكم بانضمام بعضه إلى بعض ولأنه لو كان لهما لثبت الحكم به بعد الفـرقة، والآية محمـولة على الإنفاق وعدم التعـاسر فأما إن اضطر الولد إليـها بأن لا توجد مرضعة سواها أو لا يقبل الوليد الارتضاع من غيرها وجب عليها التمكين من إرضاعه، لأنها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها كما لو لم يكن أحد غيرها.

20- **مـســـألة:** **(ولا يجب عليـه أجرة الظئـر لما زاد على الحـولين لقول الله تعـالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾** (البقرة: ٢٣٣)).

باب الحال التى تجب فيها النفقة على الزوج

١٣٩٣- **مسألة:** قال رحمه الله: **(وإذا تزوج بامرأة مثلها يوطأ فلم تمنعه نفسها ولا منعه أولياؤها لزمته النفقة).**

وجملة ذلك: أن المرأة تستحق النفقة على زوجها بشرطين:

أحدهما: أن تكون كبيرة يمكن وطؤها فإن كانت صغيرة لا تحتمل الوطء فلا نفقة لها، وبهذا قال الحسن وبكر بن عبد الله المزنى والنخعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى، وهو منصوص عن الشافعى، وقال فى موضع: لو قيل لها النفقة كان مذهبًا، وهذا قول الثورى، لأن تعذر الوطء لم يكن بفعلها فلم يمنع وجوب النفقة لها كالمرض.

ولنا: أن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع فلم تجب نفقتها كما لو منعه أولياؤها من تسليم نفسها، وبهذا يبطل ما ذكروه ويفارق المريضة فإن الاستمتاع بها ممكن وإنما نقص بالمرض، ولأن من لا تُمَكِّنُ الزوج من نفسها لا يلزم الزوج نفقتها فهذه أولى، لأن تلك يمكن الزوج قهرها والاستمتاع بها كرهًا وهذه لا يمكن ذلك فيها بحال.

الشرط الثانى: أن تبذل التمكين التام من نفسها لزوجها فأما إن منعت نفسها أو منعها أولياؤها أو تساكتا بعد العقد فلم تبذل ولم يطلب فلا نفقة لها وإن أقاما زمنًا، فإن النبى ﷺ تزوج عائشة ودخلت عليه بعد سنتين ولم ينفق إلا بعد دخوله ولم يلتزم نفقتها لما مضى(١)، ولأن النفقة تجب فى مقابلة التمكين المستحق بعقد النكاح فإذا وُجد استحقت وإذا فُقد لم تستحق شيئًا ولو بذلت تسليمًا غير تام بأن تقول: أُسَلِّم إليك نفسى فى منزلى دون غيره أو فى الموضع الفلانى دون غيره، لم تستحق شيئًا إلا أن تكون قد اشترطت ذلك فى العقد، لأنها لم تبذل التسليم الواجب بالعقد فلم تستحق النفقة كما لو قال البائع: أسلم إليك السلعة على أن تتركها فى موضعها أو فى مكان بعينه، وإن شرطت دارها أو بلدها فسلمت نفسها فى ذلك استحقت النفقة، لأنها سلمت التسليم الواجب عليها، ولذلك لو سلم السيد أمته المزوجة ليلاً دون النهار استحقت النفقة وفارق الحرة، فإنها لو بذلت تسليم نفسها فى بعض الزمان لم تستحق شيئًا، لأنها لم تسلم التسليم الواجب بالعقد وكذلك إن أمكنته من الاستمتاع ومنعته استمتاعًا لم تستحق شيئًا لذلك.

فصل: وإن غاب الزوج بعد تمكينها ووجوب نفقتها عليه لم تسقط عنه بل تجب عليه فى زمن غيبته، لأنها استحقت النفقة بالتمكين ولم يوجد منها ما يسقطها، وإن غاب قبل

(١) أخرجه البخارى (٩/ ٥١٣٣) بلفظ: أن النبى ﷺ: «تزوجها بنت ست سنين، وأدخلت عليه وهى بنت تسع ومكثت عنده تسعًا» وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٢١٠، ٢١١، ٢٨٠) بنحوه مطولاً ومختصرًا.

تمكينها فلا نفقة لها عليه، لأنه لم يوجد الموجب لها، فإن بذلت التسليم وهو غائب لم تستحق نفقته، لأنها بذلته في حال لا يمكنه التسليم فيه لكن إن مضت إلى الحاكم فبذلت التسليم كتب الحاكم إلى حاكم البلد الذى هو فيه ليستدعيه ويعلمه ذلك فإن سار إليها أو وكل من يسلمها إليه فوصل وتسلمها هو أو نائبه وجبت النفقة حينئذ، وإن لم يفعل فرض الحاكم عليه نفقتها من الوقت الذى كان يمكن الوصول إليها ويسلمها فيه، لأن الزوج امتنع من تسلمها مع إمكان ذلك وبذلها إياه له فلزمته نفقتها كما لو كان حاضرًا، وإن كانت الزوجة صغيرة يمكن وطؤها أو مجنونة فسلمت نفسها إليه فتسلمها لزمته نفقتها كالكبيرة، وإن لم يتسلمها لمنعها نفسها أو منع أوليائها فلا نفقة لها عليه، وإن غاب الزوج فبذل وليها تسليمها فهو كما لو بذلت المكلفة التسليم، فإن وليها يقوم مقامها، وإن بذلت هى دون وليها لم يفرض الحاكم النفقة لها لأنه لا حكم لكلامها.

١٣٩٤- مسألة: قال: **(وإذا كانت بهذه الحال التى وصفت وزوجها صبى أجبر وليه على نفقتها من مال الصغير، فإن لم يكن له مال فاختارت فراقه فرَّق الحاكم بينهما)**.

يعنى إذا كانت المرأة كبيرة يمكن الاستمتاع بها فمكنت من نفسها أو بذلت تسليمها، ولم تمنع نفسها ولا منعها أولياؤها فعلى زوجها الصبى نفقتها، وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعى فى أحد قوليه، وقال فى الآخر: لا نفقة لها، وهو قول مالك، لأن الزوج لا يتمكن من الاستمتاع بها فلم تلزمه نفقتها كما لو كانت غائبة أو صغيرة.

ولنا: أنها سلمت نفسها تسليمًا صحيحًا فوجبت لها النفقة كما لو كان الزوج كبيرًا، ولأن الاستمتاع بها ممكن، وإنما تعذر من جهة الزوج كما لو تعذر التسليم لمرضه أو غيبته، وفارق ما إذا غابت أو كانت صغيرة، فإنها لم تسلم نفسها تسليمًا صحيحًا، ولم تبذل ذلك فعلى هذا يجبر الولى على نفقتها من مال الصبى، لأن النفقة على الصبى، وإنما الولى ينوب عنه فى أداء الواجبات عليه كما يؤدى أروش جناياته وقيم متلفاته وزكواته، وإن لم يكن له مال فاختارت فراقه فرق الحاكم بينهما كما ذكرنا فى حق الكبير، فإن كان له مال وامتنع الولى من الإنفاق أجبره الحاكم بالحبس، فإن لم ينفق أخذ الحاكم من مال الصبى وأنفق عليها، فإن لم يمكنه وصبر الولى على الحبس، وتعذر الإنفاق فرق الحاكم بينهما إذا طلبت ذلك على ما ذكرنا فى حق الكبير، وذكر القاضى فى الكبير: أنه لا يفرق بينهما فكذلك ههنا مثله، لأنهما سواء فى وجوب الإنفاق عليهما فكذلك فى أحكامه.

فصل: وإن بذلت الرتقاء أو الحائض أو النفساء أو النضوة الخلق التى لا يمكن وطؤها أو المريضة تسليم نفسها لزمته نفقتها، وإن حدث بها شىء من ذلك، لم تسقط نفقتها، لأن الاستمتاع ممكن ولا تفريط من جهتها، وإن منع من الوطء ويفارق الصغيرة فإن لها حالاً يتمكن من الاستمتاع بها فيها استمتاعًا تامًا، والظاهر أنه تزوجها انتظارًا لتلك الحال بخلاف هؤلاء، ولذلك لو طلب تسليم هؤلاء وجب تسليمهن، ولو طلب تسليم الصغيرة لم يجب،

فإن قيل: فلو بذلت الصحيحة الاستمتاع بما دون الوطء لم تجب لها النفقة فكذلك هؤلاء قلنا، لأن تلك منعت مما يجب عليها وهؤلاء لا يجب عليهن التمكين مما فيه ضرر، فإن ادعت أن عليها ضرراً فى وطئه لضيق فرجها أو قروح به أو نحو ذلك وأنكره أريت امرأة ثقة وعمل بقولها، وإن ادعت عبالة ذكره وعظمه جاز أن تنظر المرأة إليهما حال اجتماعهما، لأنه موضع حاجة، ويجوز النظر إلى العورة للحاجة والشهادة.

١٣٩٥- **مسألة:** قال: **(وإن طالب الزوج بالدخول وقالت لا أسلم نفسى حتى أقبض صداقى كان ذلك لها ولزمته النفقة إلى أن يدفع إليها صداقها)**.

وجملته: أن للمرأة أن تمنع نفسها حتى تتسلم صداقها، لأن تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يفضى إلى أن يستوفى منفعتها المعقود عليها بالوطء ثم لا يسلم صداقها، فلا يمكنها الرجوع فيما استوفى منها بخلاف المبيع إذا تسلمه المشترى ثم أعسر بالثمن، فإنه يمكنه الرجوع فيه، فلهذا ألزمناه تسليم صداقها أولاً، وجعلنا لها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض صداقها، لأنه إذا سلم إليها الصداق ثم امتنعت من تسليم نفسها أمكن الرجوع فيه، إذا ثبت هذا فمتى امتنعت من تسليم نفسها لتقبض صداقها فلها نفقتها لأنها امتنعت لحق، **فإن قيل:** فلو امتنعت لصغر أو مرض لم تلزمه نفقتها **قلنا:** الفرق بينهما أن امتناعها لمرض لمعنى من جهتها، وكذلك الامتناع للصغر، وههنا الامتناع لمعنى من جهة الزوج، وهو منعه لما وجب لها عليه فأشبه ما لو تعذر الاستمتاع لصغر الزوج فإنه لا تسقط نفقتها عنه، ولو تعذر لصغرها لا تلزمه نفقتها.

فصل: إذا سافرت زوجته بغير إذنه سقطت نفقتها عنه، لأنها ناشز، وكذلك إن انتقلت من منزله بغير إذنه، وإن سافرت بإذن فى حاجته فهى على نفقتها، لأنها سافرت فى شغله ومراده، وإن كان فى حاجة نفسها سقطت نفقتها، لأنها فوتت التمكين لحظ نفسها وقضاء حاجتها فأشبه ما لو استنظرته قبل الدخول مدة فأنظرها إلا أن يكون مسافراً معها متمكناً من استمتاعها فلا تسقط نفقتها لأنها لم تفوت التمكين فأشبهت غير المسافرة، ويحتمل أن لا تسقط نفقتها، وإن لم يكن معها، لأنها مسافرة بإذنه أشبه ما لو سافرت فى حاجته، وسواء كان سفرها لتجارة أو حج تطوع أو زيارة، ولو أحرمت بحج تطوع بغير إذنه سقطت نفقتها، لأنها فى معنى المسافرة، وإن أحرمت به بإذنه فقال القاضى: لها النفقة، والصحيح أنها كالمسافرة، لأنها بإحرامها مانعة له من التمكين فهى كالمسافرة لحاجة نفسها على ما ذكرناه، وإن أحرمت بالحج الواجب أو العمرة الواجبة فى الوقت الواجب من الميقات فلها النفقة، لأنها فعلت الواجب عليها بأصل الشرع فى وقته فلم تسقط نفقتها كما لو صامت رمضان، وإن قدمت الإحرام على الميقات أو قبل الوقت خرج فيها من القول ما فى المحرمة بحج التطوع، لأنها فوتت عليه التمكين بشىء مستغنى عنه.

فصل: فإن اعتكفت فالقياس أنه كسفرها إن كان بغير إذنه فهى ناشز لخروجها من منزل

زوجها بغير إذنه فيما ليس بواجب بأصل الشرع، وإن كان بإذنه فلا نفقة لها على قول الخرقى، وقال القاضى: لها النفقة، وإن صامت رمضان لم تسقط نفقتها، لأنه واجب مضيق بأصل الشرع لا يملك منعها منه فلم تسقط نفقتها كالصلاة، ولأنه يكون صائمًا معها فيمتنع الاستمتاع لمعنى وجد فيه، وإن كان تطوعًا لم تسقط نفقتها، لأنها لم تخرج عن قبضته ولم تأت بما يمنعه من الاستمتاع بها فإنه يمكنه تفطيرها ووطؤها فإن أراد ذلك منها فمنعته نفسها سقطت نفقتها بامتناعها من التمكين الواجب، وإن كان صومًا منذورًا معلقًا بوقت معين، فقال القاضى: لها النفقة، لأن أحمد نص على أنه ليس له منعها، ويحتمل أنه إن كان نذرها قبل النكاح أو كان النذر بإذنه لم تسقط نفقتها لأنه كان واجبًا عليها بحق سابق على نكاحه أو واجب أذن فى سببه، وإن كان النذر فى نكاحه بغير إذنه فلا نفقة لها، لأنها فوتت عليه حقه من الاستمتاع باختيارها بالنذر الذى لم يوجبه الشرع عليها ولا ندبها إليه، وإن كان النذر مطلقًا أو كان صوم كفارة فصامت بإذنه فلها النفقة، لأنها أدت الواجب بإذنه فأشبه ما لو صامت المعين فى وقته وإن صامت بغير إذنه، فقال القاضى: لا نفقة لها لأنها يمكنها تأخيره فإنه على التراخى وحق الزوج على الفور، وإن كان قضاء رمضان قبل ضيق وقته فكذلك، وإن كان وقته مضيقًا مثل أن قرب رمضان الآخر فعليه نفقتها، لأنه واجب مضيق بأصل الشرع أشبه أداء رمضان.

١٣٩٦- **مسألة:** قال: **(وإذا طلق الرجل زوجته طلاقًا لا يملك فيه الرجعة فلا سكنى لها ولا نفقة إلا أن تكون حاملاً)**.

وجملة الأمر: أن الرجل إذا طلق امرأته طلاقًا بائنًا فإما أن يكون ثلاثًا أو بخلع أو بانت بفسخ وكانت حاملاً فلها النفقة والسكنى بإجماع أهل العلم لقول الله تعالى: ﴿**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾ (الطلاق: ٦) وفى بعض أخبار فاطمة بنت قيس: «لا نفقة لك إلا أن تكونى حاملاً»(٢) ولأن الحمل ولده فيلزمه الإنفاق عليه ولا يمكنه النفقة عليه إلا بالإنفاق عليها فوجب كما وجبت أجرة الرضاع، وإن كانت حائلاً فلا نفقة لها، وفى السكنى روايتان: **إحداهما:** لها ذلك، وهو قول عمر وابنه وابن مسعود وعائشة وفقهاء المدينة السبعة ومالك والشافعى للآية، **والرواية الثانية:** لا سكنى لها ولا نفقة، وهى ظاهر المذهب، وقول على وابن عباس وجابر وعطاء وطاوس والحسن وعكرمة وميمون بن مهران وإسحاق وأبى ثور وداود، وقال أكثر الفقهاء العراقيين: لها السكنى والنفقة، وبه قال ابن شبرمة وابن أبى ليلى والثورى والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه والبتى والعنبرى، لأن ذلك يروى عن عمر وابن مسعود، ولأنها مطلقة فوجبت لها النفقة والسكنى كالرجعية، وردوا خبر فاطمة بنت قيس بما روى عن عمر

---

(٢) تقدم تخريجه برقم (٧٦) مسألة رقم (٧٦٢).

أنه قال: لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة[٣]، وأنكرته عائشة وسعيد بن المسيب وتأولوه.

ولنا: ما روت فاطمة بنت قيس: «إن زوجها طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال: والله ما لك علينا من شيء، فجاءت رسول الله ﷺ تذكر ذلك له فقال: «ليس لك عليه نفقة ولا سكنى» فأمرها أن تعتد فى بيت أم شريك» متفق عليه[٤]، وفى لفظ فقال رسول الله ﷺ: «انظرى يا ابنة قيس إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة، فإذا لم يكن له عليها الرجعة فلا نفقة ولا سكنى» رواه الإمام أحمد والأثرم والحميدى وغيرهم[٥]، قال ابن عبد البر من طريق الحجة وما يلزم منها قول أحمد بن حنبل ومن تابعه أصح وأحج، لأنه ثبت عن النبى ﷺ نصًّا صريحًا فأى شيء يعارض هذا إلا مثله عن النبى ﷺ الذى هو المبين من الله مراده؟ ولا شيء يدفع ذلك ومعلوم أنه أعلم بتأويل قول الله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ (الطلاق: ٦).

وأما قول عمر ومن وافقه فقد خالفه على وابن عباس ومن وافقهما والحجة معهم ولو لم يخالفه أحد منهم لما قبل قوله المخالف لقول رسول الله ﷺ، فإن قول رسول الله ﷺ حجة على عمر وعلى غيره ولم يصح عن عمر أنه قال: «لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة» فإن أحمد أنكره، وقال: أما هذا فلا ولكن قال: لا نقبل فى ديننا قول امرأة، وهذا أمر يرده الإجماع على قبول قول المرأة فى الرواية، فأى حجة فى شيء يخالفه الإجماع وترده السنة ويخالفه فيه علماء الصحابة، قال إسماعيل بن إسحاق: نحن نعلم أن عمر لا يقول: لا ندع كتاب ربنا، إلا لما هو موجود فى كتاب الله، والذى فى الكتاب أن لها النفقة إذا كانت حاملاً بقوله سبحانه: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦) وأما غير ذوات الحمل فلا يدل الكتاب إلا على أنهن لا نفقة لهن لاشتراطه الحمل فى الأمر بالإنفاق، وقد روى أبو داود وغيره من الأئمة بإسنادهم عن ابن عباس قال: ففرق رسول الله ﷺ بينهما ـ يعنى المتلاعنين ـ وقضى أن لا بيت لها عليه ولا قوت[٦]، ولأن هذه محرمة عليه تحريمًا لا تزيله الرجعة فلم يكن لها سكنى ولا نفقة كالملاعنة أو كالأجنبية، وفارقت الرجعية فى ذلك، وأما الرجعية فلها السكنى والنفقة للآية والخبر والإجماع ولأنها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه.

فصل: فأما الملاعنة فلا سكنى لها ولا نفقة إن كانت غير حامل للخبر، وكذلك إن كانت حاملاً فنفى حملها وقلنا: إنه ينتفى عنه، أو قلنا: إنه ينتفى بزوال الفراش، وإن قلنا: لا ينتفى بنفيه أو لم ينفه وقلنا: إنه يلحقه نسبه فلها السكنى والنفقة، لأن ذلك للحمل أو لها

(٣) أخرجه أبو داود فى «الطلاق» (٢/ ٢٢٩١) وإسناده صحيح.

(٤) انظر الحديث رقم (٢) فى نفس المسألة.

(٥) تقدم برقم (١٠٧) مسألة رقم (١٣٦٤).

(٦) تقدم تخريجه فى الحديث رقم (٢٠) مسألة رقم (٩٥٤).

بسببه وهو موجود فأشبهت المطلقة البائن، فإن نفى الحمل فأنفقت أمه وسكنت من غير الزوج وأرضعت ثم استلحقه الملاعن لحقه ولزمته النفقة وأجر المسكن والرضاع، لأنها فعلت ذلك على أنه لا أب له فإذا ثبت له أب لزمه ذلك ورجع به عليه، فإن قيل: النفقة لأجل الحمل نفقة الأقارب وهى تسقط بمضى الزمان فكيف ترجع عليه بما يسقط عنه؟ قلنا: بل النفقة للحامل من أجل الحمل فلا تسقط كنفقتها فى الحياة، وإن سلمنا أنها للحمل إلا أنها مصروفة إليها ويتعلق بها حقها فلا تسقط بمضى الزمان كنفقتها.

فصل: فأما المعتدة من الوفاة فإن كانت حائلاً فلا سكنى لها ولا نفقة، لأن النكاح قد زال بالموت وإن كانت حاملاً ففيها روايتان: **إحداهما:** لها السكنى والنفقة لأنها حامل من زوجها فكانت لها السكنى والنفقة كالمفارقة فى الحياة، **والثانية:** لا سكنى لها ولا نفقة لأن المال قد صار للورثة ونفقة الحامل وسكناها إنما هو للحمل أو من أجله، ولا يلزم ذلك الورثة، لأنه إن كان للميت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه، وإن لم يكن له ميراث لم يلزم وارث الميت الإنفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة، قال القاضى: وهذه الرواية أصح.

فصل: وهل تجب نفقة الحمل للحامل من أجل الحمل أو للحمل؟ فيه روايتان: **إحداهما:** تجب للحمل، اختارها أبو بكر لأنها تجب بوجوده وتسقط عند انفصاله فدل على أنها له، **والثانية:** تجب لها من أجله، لأنها تجب مع اليسار والإعسار فكانت له كنفقة الزوجات، ولأنها لا تسقط بمضى الزمان فأشبهت نفقتها فى حياته، وللشافعى قولان كالروايتين، وينبنى على هذا الاختلاف فروع، منها أنها إذا كانت المطلقة الحامل أمة وقلنا: النفقة للحمل، فنفقتها على سيدها، لأنه ملكه، وإن قلنا: لها، فعلى الزوج لأن نفقتها عليه، وإن كان الزوج عبداً وقلنا: هى للحمل، فليس عليه نفقته، لأنه لا تلزمه نفقة ولده، وإن قلنا: لها، فالنفقة عليه لما ذكرنا، وإن كانت حاملاً من نكاح فاسد أو وطء شبهة، وقلنا: النفقة للحمل، فعلى الزوج والواطئ، لأنه ولده فلزمته نفقته كما بعد الوضع، وإن قلنا: للحامل، فلا نفقة عليها، لأنها ليست زوجة، يجب الإنفاق عليه، وإن نشزت امرأة إنسان وهى حامل وقلنا: النفقة للحمل، لم تسقط نفقتها، لأن نفقة ولده لا تسقط بنشوز أمه، وإن قلنا: لها، فلا نفقة لها، لأنها ناشز.

فصل: ويلزم الزوج دفع نفقة الحامل المطلقة إليها يوماً فيوماً كما يلزمه دفع نفقة الرجعية، وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا يلزمه دفعها إليها حتى تضع لأن الحمل غير متحقق ولهذا وقفنا الميراث وهذا خلاف قول الله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦) ولأنها محكوم لها بالنفقة فوجب دفعها إليه كالرجعى، وما ذكروه غير صحيح، فإن الحمل يثبت بالأمارات وتثبت أحكامه فى النكاح والحد والقصاص وفسخ البيع فى الجارية المبيعة والمنع من الأخذ فى الزكاة ووجوب الدفع فى الدية فهو

كالمتحقق، ولا يشبه هذا الميراث فإن الميراث لا يثبت إلا بمجرد الحمل فإنه يشترط له الوضع والاستهلال بعد الوضع، ولا يوجد ذلك قبله، ولأننا لا نعلم صفة الحمل وقدره ووجود توريثه بخلاف مسألتنا، فإن النفقة تجب بمجرد الحمل ولا تختلف باختلافه، فإذا ثبت هذا فمتى ادعت الحمل فصدقها دفع إليها إن كان حملاً فقد استوفت حقها، وإن بان أنها ليست حاملاً رجع عليها سواء دفع إليها بحكم الحاكم أو بغيره وسواء شرط أنها نفقة أو لم يشترط، وعنه لا يرجع، والصحيح أنه يرجع، لأنه دفعه على أنه واجب فإذا بان أنه ليس بواجب استرجعه كما لو قضاها دينًا فبان أنه لم يكن عليه دين، وإن أنكر حملها نظر النساء الثقات فرجع إلى قولهن، ويقبل قول المرأة الواحدة إذا كانت من أهل الخبرة والعدالة، لأنها شهادة على ما لا يطلع عليه الرجال أشبه الرضاع وقد ثبت الأصل بالخبر.

فصل: ولا تجب النفقة على الزوج فى النكاح الفاسد، لأنه ليس بينهما نكاح صحيح فإن طلقها أو فرق بينهما قبل الوطء فلا عدة عليها، وإن كان بعد الوطء فعليها العدة ولا نفقة لها ولا سكنى إن كانت حائلاً لأنه إذا لم يجب ذلك قبل التفريق فبعده أولى، وإن كانت حاملاً فعلى ما ذكرنا من قبل، فإن قلنا: لها النفقة إذا كانت حاملاً، فلها ذلك قبل التفريق لأنه إذا وجب بعد التفريق فقبله أولى ومتى أنفق عليها قبل مفارقتها أو بعدها لم يرجع عليها بشيء، لأنه إن كان عالمًا بعدم الوجوب فهو متطوع به، وإن لم يكن عالمًا فهو مفرط فلم يرجع به كما لو أنفق على أجنبية، وكل معتدة من الوطء فى غير نكاح صحيح كالموطوءة بشبهة وغيرها إن كان يلحق الواطئ نسب ولدها فهى كالموطوءة فى النكاح الفاسد، وإن كان لا يلحقه نسب كالزانى فليس عليه نفقتها حاملاً كانت أو حائلاً، لأنه لا نكاح بينهما ولا بينهما ولد ينسب إليه.

١٣٩٧ - مسألة: قال: (**وإذا خالعت المرأة زوجها وأبرأته من حملها لم يكن لها نفقة ولا للولد حتى تفطمه**).

أما إذا خالعته ولم تبرئه من حملها فلها النفقة كما لو طلقها ثلاثًا وهى حامل، لأن الحمل ولده فعليه نفقته وإن أبرأته من الحمل عوضًا فى الخلع صح سواء كان العوض كله أو بعضه، وقد ذكرناه فى الخلع، ويبرأ حين تفطمه إذا كانت قد أبرأته من نفقة الحمل وكفالة الولد إلى ذلك، أو أطلقت البراءة من نفقة الحمل وكفالته لأن البراءة المطلقة تنصرف إلى المدة التى تستحق المرأة العوض عليه فيها وهى مدة الحمل والرضاع، لأن المطلق إذا كان له عرف انصرف إلى العرف، وإن اختلفا فى مدة الرضاع انصرف إلى حولين لقول سبحانه: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ (لقمان: ١٤) وقال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ (البقرة: ٢٣٣) ثم قال: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾ (البقرة: ٢٣٣) فدل على أنه لا يجوز فصاله قبل العامين إلا بتراض منهما وتشاور، وإن

قدرا مدة البراءة بزمن الحمل أو بعام أو نحو ذلك فهو على ما قدراه وهو أحسن، لأنه أقطع للنزاع وأبعد من اللبس والاشتباه ولو أبرأته من نفقة الحمل انصرف ذلك إلى زمن الحمل قبل وضعه، قال القاضى: إنما صح مخالعتها على نفقة الولد وهى للولد دونها، لأنها فى حكم المالكة لها لأنها هى القابضة لها المستحقة المتصرفة فيها فإنها فى مدة الحمل هى الآكلة لها المنتفعة بها، وبعد الولادة هى أجر رضاعها وهى الآخذة لها المتصرفة فيها أيضًا فصارت كملك من أملاكها فصح جعلها عوضًا، فأما النفقة الزائدة على هذا من كسوة الطفل ودهنه ونحو ذلك فلا يصح أن يعارض به فى الخلع، لأنه ليس هو لها ولا هو فى حكم ما هو لها.

١٣٩٨- **مسألة:** قال: **(والناشز لا نفقة لها فإن كان لها منه ولد أعطاها نفقة ولدها).**

معنى النشوز: معصيتها لزوجها فيما له عليها مما أوجبه له النكاح، وأصله من الارتفاع، مأخوذ من النشز، وهو المكان المرتفع، فكأن الناشز ارتفعت عن طاعة زوجها فسميت ناشزًا، فمتى امتنعت من فراشه أو خرجت من منزله بغير إذنه، أو امتنعت من الانتقال معه إلى مسكن مثلها، أو من السفر معه، فلا نفقة لها ولا سكنى فى قول عامة أهل العلم، منهم: الشعبى وحماد ومالك والأوزاعى والشافعى، وأصحاب الرأى وأبو ثور، وقال الحكم: لها نفقة، وقال ابن المنذر: لا أعلم أحدًا خالف هؤلاء إلا الحاكم، ولعله يحتج بأن نشوزها لا يسقط مهرها فكذلك نفقتها.

ولنا: أن النفقة إنما تجب فى مقابلة تمكينها بدليل أنها لا تجب قبل تسليمها إليه، وإذا منعها النفقة كان لها منعه التمكين، فإذا منعته التمكين كان له منعها من النفقة كما قبل الدخول، وتخالف المهر فإنه يجب بمجرد العقد، ولذلك لو مات أحدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة، فأما إذا كان له منها ولد فعليه نفقة ولده لأنها واجبة له فلا يسقط حقه بمعصيتها كالكبير وعليه أن يعطيها إياها إذا كانت هى الحاضنة له أو المرضعة له، وكذلك أجر رضاعها يلزمه تسليمه إليها، لأنه أجر ملكته عليه بالإرضاع لا فى مقابلة الاستمتاع ولا يزول بزواله.

فصل: وإذا سقطت نفقة المرأة بنشوزها فعادت عن النشوز والزوج حاضر عادت نفقتها لزوال المسقط لها ووجود التمكين المقتضى لها، وإن كان غائبًا لم تعد نفقتها حتى يعود التسليم بحضوره أو حضور وكيله أو حكم الحاكم بالوجوب إذا مضى زمن الإمكان.

ولو ارتدت امرأته سقطت نفقتها فإن عادت إلى الإسلام عادت نفقتها بمجرد عودها، لأن المرتدة إنما سقطت نفقتها بخروجها عن الإسلام، فإذا عادت إليه زال المعنى المسقط فعادت النفقة وفى النشوز سقطت النفقة بخروجها عن يده أو منعها له من التمكين المستحق عليها ولا يزول ذلك إلا بعودها إلى يده وتمكينه منها ولا يحصل ذلك فى غيبته ولذلك لو بذلت تسليم نفسها قبل دخوله بها فى حال غيبته لم تستحق النفقة بمجرد البذل كذا هاهنا والله أعلم.

باب من أحق بكفالة الطفل

كفالة الطفل وحضانته واجبة، لأنه يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك، ويتعلق بها حق لقرابته، لأن فيها ولاية على الطفل واستحقاقًا له فيتعلق بها الحق ككفالة اللقيط، ولا تثبت الحضانة لطفل ولا معتوه، لأنه لا يقدر عليها وهو محتاج إلى من يكفله فكيف يكفل غيره؟ ولا الفاسق، لأنه غير موثوق به فى أداء الواجب من الحضانة ولا حظ للولد فى حضانته، لأنه ينشأ على طريقته، ولا الرقيق، وبهذا قال عطاء والثورى والشافعى وأصحاب الرأى، وقال مالك فى حر له ولد حر من أمة: الأم أحق به إلا أن تباع فتنقل فيكون الأب أحق به، لأنها أم مشفقة فأشبهت الحرة.

ولنا: أنها لا تملك منافعها التى تحصل الكفالة بها لكونها مملوكة لسيدها، فلم يكن لها حضانة كما لو بيعت ونقلت، ولا تثبت لكافر على مسلم، وبهذا قال مالك والشافعى وسوَّار العنبرى، وقال ابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأى: تثبت له لما روى عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبى ﷺ فقالت: ابنتى وهى فطيم أو شبهه، وقال رافع: ابنتى، فقال النبى ﷺ: «اقعد ناحية» وقال لها: «اقعدى ناحية» وقال: «ادعواها» فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبى ﷺ: «اللهم اهدها» فمالت إلى أبيها فأخذها، رواه أبو داود(١).

ولنا: أنها ولاية فلا تثبت لكافر على مسلم كولاية النكاح والمال، ولأنها إذا لم تثبت للفاسق فالكافر أولى فإن ضرره أكثر، فإنه يفتنه عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر وتزيينه له وتربيته عليه وهذا أعظم الضرر، والحضانة إنما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه، فأما الحديث فقد روى على غير هذا الوجه ولا يثبته أهل النقل وفى إسناده مقال، قال ابن المنذر: ويحتمل أن النبى ﷺ علم أنها تختار أباها بدعوته فكان ذلك خاصًا فى حقه، فأما من بعضه حر فإن لم يكن بينه وبين سيده مهايأة فلا حضانة له، لأنه لا يقدر عليها لكون منافعه مشتركة بينه وبين سيده، وإن كان بينهما مهايأة فقياس قول

باب الحضانة

كفالة الطفل وحضانته واجبة، لأنه يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك.

---

(١) أخرجه أبو داود فى «سننه» من كتاب «الطلاق» (٢/ ٢٧٣) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ٤٤٦) وإسناده صحيح.

أحمـد أن له الحضانة فى أيامـه، لأنه قال: كل ما يتـجزأ فعليـه النصف من كل شيء، وهذا اختيار أبى بكر، وقال الشافعى: لا حضانة له لأنه كالقن عنده، وهذا أصل قد تقدم.

١٣٩٩- مسألة: قال: **(والأم أحق بكفالة الطفل والمعتوه إذا طَلُقَتْ).**

وجـملـتـه: أن الزوجين إذا افترقـا ولهما ولد طفل أو معتوه فأمـه أولى الناس بكفالته إذا كملت الشرائط فـيها ذكرًا كان أو أنثى، وهذا قول يحيى الأنصـارى والزهرى والثورى ومالك والشافعـى وأبى ثور وإسحاق وأصحاب الرأى ولا نـعلم أحدًا خالفهم، والأصل فـيه ما روى عبـد الله بن عمرو بن الـعاص أن امرأة قـالت: يا رسول الله إن ابنى هذا كان بـطنى له وعاء وثديى له سـقاء وحـجـرى له حواء، وإن أباه طلقنى وأراد أن ينـزعه منى، فـقال رسـول الله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحى» رواه أبو داود[٢]، ويروى «أن أبا بكر الصديق حكم على عمر بـن الخطاب بعاصم لأمه أم عاصم، وقـال: ريحها وشمـها ولطفها خـير له منك» رواه سعيد فى سننه[٣]، ولأنها أقرب إليه وأشفق عليه ولا يشاركها فى القرب إلا أبوه وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه وإنما يدفعه إلى امرأته، وأمه أولى به من امرأة أبيه.

فـصل: فإن لم تكن الأم من أهل الحضانة لفقدان الشروط التى ذكرنا فيها أو بعضها فهى كـالمـعدومـة، وتنتقل إلى من يليهـا فى الاستحقاق، ولو كان الأبوان من غـير أهل الحضانة انتقلت إلى من يليهما لأنهما كالمعدومين.

أ- مـسألة: (وأحق الناس بحضانة الطفل والمعتوه أمه).

إذا افترق الزوجان ولهـما ولد طفل أو معتوه فأمه أولى الناس بكفـالته إذا كملت الشرائط فيها ذكرًا كان أو أنثى، هذ قول يحيى الأنصارى والزهرى والثورى ومالك والشافعى وأبى ثور وإسحاق وأصحاب الرأى، ولا نعلم أحدًا خالفـهم، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء وثديى له سقاء وحجرى له حواء وإن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى، فقال رسول الله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحى» رواه أبو داود، ويروى أن أبا بكر الصـديق رضي الله عنه حكم علـى عمـر بن الخطاب رضي الله عنه بعـاصم لأمـه أم عاصم وقال: ريحـها وشمها ولطفهـا خير له منك، رواه سعيد فى سننه، ولأنهـا أشفق عليه وأقرب ولا يشاركها فى القرب إلا الأب وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه، وإنما يدفعه إلى امرأته وأمه أولى من امرأة أبيه.

فـــصـل: فإن لم تكن الأم مـن أهل الحضانة لفـقدان الشـروط انتقل إلى من يليـها فى الاستحاق، لأنها صارت كالمعدومة.

---

(٢) أخرجه أبو داود فى كتاب «الطلاق» (٢/ ٢٨٣) من حديث عبد الله بن عمرو وإسناده صحيح.

(٣) أخرجه سعيد بن منصـور فى «سننه» (٢/ ٢٢٧٢) ومالك فى «الموطأ» (٢/ ٧٦٧) والمصنف لابن أبى شيبة (٤/ ١٦٢) وذكره الزيلعى فى «نصب الراية» (٣/ ٢٦٦).

فصل: ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل أو المعتوه، فأما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه وإليه الخيرة فى الإقامة عند من شاء من أبويه، فإن كان رجلاً فله الانفراد بنفسه لاستغنائه عنهما، ويستحب أن لا ينفرد عنهما ولا يقطع بره عنهما، وإن كانت جارية لم يكن لها الانفراد ولأبيها منعها منه، لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها وبأهلها، وإن لم يكن لها أب فلوليها وأهلها منعها من ذلك.

١٤٠٠- **مسألة:** قال: (**وإذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه فكان مع من اختار منهما**).

وجملته: أن الغلام إذا بلغ سبعًا وليس بمعتوه خير بين أبويه إذا تنازعا فيه، فمن اختاره منهما فهو أولى به، قضى بذلك عمر وعلى وشريح وهو مذهب الشافعى، وقال مالك وأبو حنيفة: لا يخير، لكن قال أبو حنيفة: إذا استقل بنفسه فأكل بنفسه ولبس بنفسه واستنجى بنفسه فالأب أحق به، ومالك يقول: الأم أحق به حتى يُثغر، وأما التخيير فلا يصح، لأن

2- **مسألة:** (**وأولى الناس بعد الأم أمها ثم أمهاتها الأقرب فالأقرب ثم الأب**).

يقدمن على سائر الأقارب من النساء والرجال لأنهن نساء ولادتهن متحققة فهن فى معنى الأم، وعن أحمد رواية أخرى أن أم الأب مقدمة على أم الأم، لأنها تدلى بعصبة فعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم، لأنهن يدلين به فيكون الأب بعد الأم ثم أمهاته وإن علون، ثم أبو الأب ثم أمهاته ثم جد الأب ثم أمهاته وإن لم يكنَّ وارثات لأنهن يدلين بعصبة من أهل الحضانة بخلاف أم أبى الأم.

3- **مسألة:** (**ثم الأخت للأبوين ثم الأخت لأب ثم الأخت للأم ثم الخالة ثم العمة فى الصحيح عنه**).

إذا عدم من يستحق الحضانة من الآباء والأمهات وإن علون انتقلت إلى الأخوات وقدمن على سائر القرابات من الخالات والعمات وغيرهن، لأنهن شاركن فى النسب فقدمن فى الميراث وأولى الأخوات من كانت لأبوين لقوة قرابتها ثم من كانت لأب ثم من كانت لأم، نص عليه أحمد وهو ظاهر مذهب الشافعى، وقال أبو حنيفة: الأخت من الأم أولى من الأخت من الأب، وهو قول المزنى وابن شريح، لأنها أدلت بالأم فقدمت على المدلية بالأب كأم الأم مع أم الأب، وقال ابن شريح: تقدم الخالة على الأخت من الأب كذلك، ولأبى حنيفة فيه روايتان.

ولنا: أن الأخت للأب أقوى فى الميراث فقدمت كالأخت من الأبوين ودليل قوتها أنها أقيمت مقام الأخت من الأبوين عند عدمها وتكون عصبة مع البنات وتقاسم الجد، وما ذكروه من الأدلة لا يلزم، لأن الأخت تدلى بنفسها لكونهما خلقا من ماء واحد ولهما تعصيب فكانت أولى، وحكى عن أحمد رواية أخرى أن الأخت من الأم والخالة أحق من الأب فتكون

الغلام لا قول له ولا يعرف حظه وربما اختـار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكنه من شهواته فيؤدى إلى فساده، ولأنه دون البلوغ فلم يخير كمن دون السبع.

ولنا: ما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ: خـير غلامًـا بين أبيه وأمه، رواه سعـيد بإسناده والشافعى[٤] وفى لفظ أبى هريرة قال: جاءت امرأة إلى النبى ﷺ فقالت: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابنى وقد سـقانى من بئر أبى عتـبة وقد نفعنى؟ فـقال له النبى ﷺ: «هذا أبوك وهذه أمك فخـذ بيد أيهمـا شئت» فأخـذ بيد أمه فـانطلقت به، رواه أبو داود[٥]، ولأنه إجماع الصحابة فروى عن عمر أنه خير غلامًا بين أبيه وأمه، رواه سعيد[٦]، وروى عن عمارة الجرمى أنه قال: خيرنى على بين عمى وأمى وكنت ابن سبع أو ثمان[٧]، وروى نحو ذلك عن أبى هريرة، وهذه قصص فى مظنة الشـهرة ولم تنكر فكانت إجماعًـا، ولأن التقديم فى الحضانة يلحق به الولـد فيتقدم من هو أشفق، لأن حظ الولـد عنده أكثر واعتبرنا الشـفقة بمظنتها إذ لم يكن اعـتبارها بنفسها، فـإذا بلغ الغلام حدًا يعرب عن نفسه ويمـيز بين الإكرام

الأخت من الأبوين أحق منه ومنهـما ومن جميع العـصبات، وجـه هذه الرواية أن هؤلاء نساء يدلين بالأم فكن أولى من الأب كالجـدات، والرواية الأولى هى المشهورة فى الـمذهب، فإن اجتمع أخ وأخت قدمت الأخت فى الحضانة، لأنهـا امرأة من أهل الحضانة فقدمت على من فى درجتهـا من الرجال كتقديم الأم على الأب وأم الأب على أبى الأب، لأنهـا تلى الحضانة بنفسها والرجل لا يليها بنفسه، فإذا انقرض الإخوة والأخوات صارت الحضانة للخالات وتقدم على العمة، لأنها تـدلى بالأم وبعدهن العمات فى الصحيح عنه، لأنهن أخـوات الأب فتقدم العمـة من الأبوين ثم العمـة من الأب ثم العمـة من الأم كالأخـوات، ويقدمن على الأعـمام لأنهن نساء من أهل الحضانة فيقدمن علـى من فى درجتهن من الرجال كتقديم الأم على الأب والجدة على الجد والأخت على الأخ.

٤- **مسألة:** (قال الخرقى: وخالة الأب أحق من خالة الأم).

قد ذكرنا أنه إذا عدمت الأمهات والآباء والأخـوات انتقلت الحضانة إلى الخالات ويقدمن

---

(٤) أخرجه التـرمذى فى «سننه» (٣/ ١٣٥٧) وأحمد فى «مسنـده» (٢/ ٢٤٦) وابن ماجه فى «سننه» (٢/ ح٢٣٥١) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٣) والشافعى فى «مسنده» (١٧٢٥) وإسناده صحيح.

(٥) أخرجه أبو داود فى «سننه» «كتاب الطلاق» (٢/ ص٢٨٤) والنسائى فى «سننه» (٢/ ١٠٩) والحاكم فى «المستـدرك» (٤/ ٩٧) وقال: صحيح الإسناد ووافقـه الذهبى وهو كما قالا، وصححـه الألبانى فى الإرواء (٧/ ٢٥٠) **عتبة:** وهو بئر عتبة، على بعد ميل من المدينة.

(٦) أخرجه سـعيد بن منصور (٢/ ح٢٢٧٧) وفى «المـصنف» لابن أبى شيبة (٤/ ص١٦٢) والبـيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ص٤) وإسناده صحيح.

(٧) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٤) وقال الألبانى فى «الإرواء» (٢١٩٥): أخرجه ابن أبى شيبة (٧/ ١٣٥/ ١) والشافعى (١٢٧٦) وضعفه.

وضده فمال إلى أحد الأبوين دل على أنه أرفق به وأشفق عليه فقدم بذلك، وقيدناه بالسبع لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة، ولأن الأم قدمت فى حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته لأنها أعرف بذلك وأقوم به فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجح باختياره.

فصل: ومتى اختار أحدهما فسلم إليه ثم اختار الآخر رد إليه، فإن عاد فاختار الأول أعيد إليه هكذا أبدًا كلما اختار أحدهما صار إليه، لأنه اختيار شهوة لحظ نفسه فاتبع ما يشتهيه كما يتبع ما يشتهيه فى المأكول والمشروب، وقد يشتهى المقام عند أحدهما فى وقت وعند الآخر فى وقت، وقد يشتهى التسوية بينهما وأن لا ينقطع عنهما، وإن خيرناه فلم يختر واحدًا منهما أو اختارهما معًا قدم أحدهما بالقرعة، لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه ولا يمكن اجتماعهما على حضانته فقدم أحدهما بالقرعة، فإذا قدم بها ثم اختار الآخر رد إليه، لأننا قدمنا اختياره الثانى على الأول فعلى القرعة التى هى بدل الأولى.

على العمات لما ذكرنا، نص عليه أحمد، ويحتمل كلام الخرقى تقديم العمات، لأنه قدم خالة الأب على خالة الأم فدل على تقديم قرابة الأب على قرابة الأم، ولأنهن يدلين بعصبة فقدمن كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم، وقال القاضى: مراد الخرقى بقوله خالة الأب أى الخالة من الأب تقدم على الخالة من الأم لتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم، لأن الخالات أخوات الأم فيجرين فى الاستحقاق والتقديم فيما بينهن مجرى الأخوات المفترقات وكذلك الحكم فى العمات المفترقات، فإذا قلنا بتقديم الخالات فإذا انقرضن فبعدهن العمات، وإن قلنا بتقديم العمات فالخالات بعدهن فإذا عدمن انتقلت إلى خالات الأب على قول الخرقى، وعلى القول الآخر إلى خالات الأم، وهل تقدم خالات الأب على عماته؟ على وجهين بناء على ما ذكرنا فى الخالات والعمات، وأما عمات الأم فلا حضانة لهن، لأنهن يدلين بأب الأم وهو رجل من ذوى الأرحام ولا حضانة له ولا لمن يدلى به، وفيه وجه أن لهم حضانة سوف نذكره إن شاء الله تعالى.

فصل: وللرجال من العصبات مدخل فى الحضانة وأولاهم الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الأخ من الأبوين، ثم الأخ من الأب ثم بنوهم وإن سفلوا على ترتيب الميراث، ثم العمومة ثم بنوهم كذلك ثم عمومة الأب ثم بنوهم، وهذا قال الشافعى، وقال بعض أصحابه: لا حضانة لغير الأب والأجداد، لأنهم لا معرفة لهم بالحضانة ولا لهم ولاية بأنفسهم فلم تكن لهم حضانة كالأجانب.

ولنا: أن عليًا وجعفرًا اختصما فى حضانة بنت حمزة فلم ينكر عليهما النبى ﷺ ادعاء الحضانة، ولأن لهم ولاية وتعصيبًا بالقرابة فثبتت لهم الحضانة كالأب والجد، وفارق الأجانب فإنهم ليست لهم قرابة ولا شفقة، ولأنهم تساووا فى عدم القرابة فليس واحد منهم

فصل: فإن كان الأب معدومًا أو من غير أهل الحضانة وحضر غيره من العصبات كالأخ والعم وابنه قام مقام الأب فيخير الغلام بين أمه وعصبته، لأن عليًا ﷺ خير عمارة الجرمى بين أمه وعمه، ولأنه عصبة، فأشبه الأب، وكذلك إن كانت أمه معدومة أو من غير أهل الحضانة فسلم إلى الجدة خير الغلام بينها وبين أبيه أو من يقوم مقامه من العصبات، فإن كان الأبوان معدومين أو من غير أهل الحضانة فسلم إلى امرأة كأخته وعمته أو خالته قامت مقام أمه فى التخيير بينها وبين عصباته للمعنى الذى ذكرناه فى الأبوين، فإن كان الأبوان رقيقين وليس له أحد من أقاربه سواهما فقال القاضى: لا حضانة لهما عليه ولا نفقة له عليهما ونفقته فى بيت المال ويسلم إلى من يحضنه من المسلمين.

فصل: وإنما يخير الغلام بشرطين: أحدهما: أن يكونا جميعًا من أهل الحضانة فإن كان أحدهما من غير أهل الحضانة كان كالمعدوم ويعين الآخر، **الثانى:** أن لا يكون الغلام معتوهًا فإن كان معتوهًا كان عند الأم ولم يخير، لأن المعتوه بمنزلة الطفل وإن كان كبيرًا، ولذلك كانت الأم أحق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه، ولو خير الصبى فاختار أباه ثم زال عقله رد

أولى بالتقديم من الآخر والعصبات لهم قرابة يمتازون بها، وأحقهم بالحضانة أحقهم بالميراث بعد الآباء والأجداد ويقومون مقام الأب فى التخيير للصبى بينه وبين الأم أو غيرها ممن له الحضانة من النساء ويكونون أحق بالجارية إذا بلغت سبعًا على ما نذكره.

5- **مسألة:** (**إلاَّ أن الجارية ليس لابن عمها حضانتها، فإذا بلغت سبعًا لم تسلم إليه، لأنه ليس محرمًا لها**).

6- **مسألة:** (**فإن امتنعت الأم من حضانتها مع استحقاقها انتقلت إلى أمها فى أظهر الوجهين، والوجه الآخر تنتقل إلى الأب، لأن أمهاتها فرع عليها فى الاستحقاق، فإذا أسقطت حقها سقطت فروعها**).

ولنا أن الأب أبعد فلا تنتقل الحضانة إليه مع وجود أقرب منه كما لا تنتقل إلى الأخت، وكونهن فروعًا لها لا يوجب سقوط حقوقهن بسقوط حقها كما لو سقط حقها لكونها ليست من أهل الحضانة أو لتزويجها، وهكذا الحكم فى الأب إذا سقط حقه هل يسقط حق أمهاته؟ على وجهين، فإن كانت أخت من أبوين وأخت من أب فأسقطت الأخت من الأبوين حقها لم يسقط حق الأخت من الأب وجهًا واحدًا، لأن استحقاقها من غير جهتها وليست فرعًا عليها.

7- **مسألة:** (**فإن عدم هؤلاء كلهم فهل للرجال من ذوى الأرحام حضانة؟ على وجهين**).

أحدهما: لهم حضانة، لأن لهم رَحِمًا وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم فأشبهوا البعيد من العصبات، **والثانى:** لا حق لهم فى الحضانة وينتقل الأمر إلى الحاكم، لأنهم ليسوا ممن يحضن بنفسه ولا لهم ولاية لعدم تعصيبهم فأشبهوا الأجانب، فعلى الوجه

إلى الأم وبطل اختياره، لأنه إنما خير حين استقل بنفسه، فإذا زال استقلاله بنفسه كانت الأم أولى، لأنها أشفق عليه وأقوم بمصالحه كما فى حال طفوليته.

١٤٠١ - **مسألة:** قال: (وإذا بلغت الجارية سبع سنين فالأب أحق بها).

وقال الشافعى: تخير كالغلام، لأن كل سن خير فيه الغلام خيرت فيه الجارية كسن البلوغ، وقال أبو حنيفة: الأم أحق بها حتى تزوج أو تحيض، وقال مالك: الأم أحق بها حتى تزوج أو يدخل بها الزوج، لأنها لا حكم لاختيارها ولا يمكن انفرادها فكانت الأم أحق بها كما قبل السبع.

ولنا: أن الغرض بالحضانة الحظ والحظ للجارية بعد السبع فى الكون عند أبيها، لأنها تحتاج إلى حفظ والأب أولى بذلك فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها، ولأنها إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج، وقد تزوج النبى ﷺ عائشة وهى ابنة سبع(٨) وإنما تخطب الجارية من أبيها، لأنه وليها والمالك لتزويجها وهو أعلم بالكفارة وأقدر على البحث

الأول يكون أبو الأم وأمهاته أحق من الخال، لأنه يسقط فى الميراث وفى تقديمهم على الأخ من الأم وجهان:

أحدهما: يقدم الأخ، لأنه يرث الفرض ويسقط ذوى الأرحام كلهم فيقدم عليهم فى الحضانة.

والثانى: أبو الأم وأمهاته أولى منه، لأن أبا الأم يدلى إليها بالأبوة والأخ يدلى بالبنوة والأب يقدم فى الولاية على الابن فقدم فى الحضانة لأنها ولاية.

8- **مسألة:** (ولا حضانة لرقيق ولا فاسق ولا كافر على مسلم).

لا تثبت الحضانة لطفل ولا معتوه، لأنه لا يقدر عليها وهو يحتاج إلى من يكفله فكيف يكفل غيره، ولا لفاسق لأنه لا يوثق به فى أداء الواجب من الحضانة، ولا حظ للولد فى حضانته، لأنه ينشأ على طريقته، ولا لرقيق، وبهذا قال عطاء والثورى والشافعى وأصحاب الرأى، وقال مالك فى حر له ولد حر من أمة: الأم أحق به إلا أن تباع فينتقل فيكون الأب أحق به، لأنها أم مشفقة أشبهت الحرة.

ولنا أنها لا تملك منافعها التى تحصل الكفالة بها لكونها مملوكة لسيدها فلم تكن لها حضانة كما لو بيعت ونقلت، ولا تثبت لكافر على مسلم، وبهذا قال مالك والشافعى وسوار والعنبرى، وقال ابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأى: تثبت لما روى عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سيار أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبى ﷺ فقال

---

(٨) أخرجه البخارى فى كتاب «مناقب الأنصار» (٧/ ح٣٨٩٦/ فتح) وفى كتاب «النكاح» (٩/ ٥١٣٣، ٥١٣٤، ٥١٥٨/ فتح) بلفظ: ست سنين، وأخرجه مسلم فى كتاب «النكاح» (٢/ ٧١/ ١٠٣٩) بلفظه من حديث عائشة رضي الله عنها.

فينبغى أن يقدم على غيره ولا يصار إلى تخييرها، لأن الشرع لم يرد به فيها ولا يصح قياسها على الغلام، لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها إليه ولا على سن البلوغ، لأن قولها حينئذ معتبر فى إذنها وتوكيلها وإقرارها واختيارها بخلاف مسألتنا، ولا يصح قياس ما بعد السبع على ما قبلها لما ذكرنا فى دليلنا.

فصل: **إذا كانت الجارية عند الأم أو عند الأب فإنها تكون عنده ليلاً ونهاراً،** لأن تأديبها وتخريجها فى جوف البيت من تعليمها الغزل والطبخ وغيرهما، ولا حاجة بها إلى الإخراج منه ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر من غير أن يخلو الزوج بأمها ولا يطيل ولا يتبسط، لأن الفرقة بينهما تمنع تبسط أحدهما فى منزل الآخر، وإن مرضت فالأم أحق بتمريضها فى بيتها، وإن كان الغلام عند الأم بعد السبع لاختياره لها كان عندها ليلاً ويأخذه الأب نهارًا ليسلمه فى مكتب أو فى صناعة، لأن القصد حظ الغلام وحظه فيما ذكرناه، وإن كان عند الأب كان عنده ليلاً ونهاراً ولا يمنع من زيارة أمه، لأن منعه من ذلك إغراء بالعقوق

ابنتى وهى فطيم أو شبهه، فقال النبى ﷺ: «اقعد ناحية» وقال لها: «اقعدى ناحية» وقال «ادعواها» فمالت الصبية إلى أمها فقال النبى ﷺ: «اللهم اهدها» فمالت لأبيها فأخذها، رواه أبو داود[١].

ولنا: أنها ولاية فلا تثبت لكافر على مسلم كولاية النكاح والمال، ولأنها إذا لم تثبت للفاسق فالكافر أولى، لأن ضرره أكثر فإنه مجتهد فى إخراجه عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر وتربيته له وهذا أعظم الضرر، والحضانة إنما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه، فأما الحديث فقد روى على غير هذا الوجه ولا يثبته أهل النقل وفى إسناده مقال قاله ابن المنذر ويحتمل أن النبى ﷺ علم أنها تختار أباها بدعوته فكان ذلك خاصًا فى حقه.

فصل: **فأما من بعضه حر فإن لم تكن بينه وبين سيده مهايأة فهو كالقن لكون منافعه مشتركة بينه وبين سيده،** وإن كان بينهما مهايأة فقياس قول أحمد أن له الحضانة فى أيامه، لأنه قال: كل ما يجزئ فعليه النصف من كل شىء، وهذا اختيار أبى بكر، وعند الشافعى لا حضانة له لأنه كالقن عنده وهو أصل قد تقدم.

9- مسألة: (ولا حضانة لامرأة مزوجة لأجنبى من الطفل).

إذا تزوجت الأم سقطت حضانتها، قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم، قضى به شريح وهو قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى، وعن الحسن أنها لا تسقط بالتزويج، ونقل مهنا عن أحمد إذا تزوجت الأم وابنها صغير أخذ منها، قيل له:

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٢٤٤) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ٤٤٦) والحاكم فى «المستدرك» (٢/ ٢٠٦) وإسناده صحيح.

وقطيعة الرحم، وإن مرض كانت الأم أحق بتمريضه فى بيتها، لأنه صار بالمرض كالصغير فى الحاجة إلى من يقوم بأمره فكانت الأم أحق به كالصغير، وإن مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته سواء كان ذكرًا أو أنثى، لأن المرض يمنع المريض من المشى إلى والده فمشى ولده إليه أولى، فأما فى حال الصحة فإن الغلام يزور أمه لأنها عورة فسترها أولى والأم تزور ابنتها، لأن كل واحدة منهما عورة تحتاج إلى صيانة وستر، وستر الجارية أولى لأن الأم قد تخرجت وعقلت بخلاف الجارية.

فصل: وإذا أراد أحد الأبوين السفر لحاجة ثم يعود والآخر مقيم فالمقيم أولى بالحضانة، لأن فى المسافرة بالولد إضرارًا به، وإن كان منتقلاً إلى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوفًا أو البلد الذى ينتقل إليه مخوفًا فالمقيم أولى بالحضانة، لأن فى السفر به خطرًا به، ولو اختار الولد السفر فى هذه الحال لم يجب إليه لأن فيه تغريرًا به، وإن كان البلد الذى ينتقل إليه آمنًا وطريقه آمن فالأب أحق به سواء كان هو المقيم أو المنتقل إلا أن يكون بين البلدين

فالجارية مثل الصبى؟ قال: لا، الجارية تكون معها إلى سبع سنين، فظاهر هذا أنه لم يزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها وأزالها عن الغلام، ووجه ذلك ما روى أن عليًا وجعفرًا وزيد ابن حارثة تنازعوا فى حضانة ابنة حمزة فقال على: بنت عمى، وقال زيد: بنت أخى، لأن النبى ﷺ آخى بين زيد وحمزة، وقال جعفر: بنت عمى وعندى خالتها، فقال رسول الله ﷺ: «الخالة أم» وسلمها إلى جعفر، رواه أبو داود بنحوه، فجعل لها الحضانة وهى مزوجة، والأولى هى الصحيحة قال ابن أبى موسى: عليها العمل لقول رسول الله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحى»(2) ولأنها تشتغل عن الحضانة بحقوق الزوج فكان الأب أحظ له، ولأن منافعها مملوكة لغيرها أشبهت الأمة، فأما بنتها فإنما قضى بها لخالتها، لأن زوجها من أهل الحضانة، ولأنه لا يساويه فى الاستحقاق إلا على، وقد رجح جعفر بأن مرأته من أهل الحضانة وعلى هذا متى كانت المرأة مزوجة برجل من أهل الحضانة كالجدة المزوجة للجد لم تسقط حضانتها، لأنه يشاركها فى الولادة والشفقة على الولد فأشبه الأم إذا كانت زوجة الأب، ولو تنازع العمان فى الحضانة وأحدهما متزوج للأم أو للخالة فهو أحق لحديث بنت حمزة، وكذلك كل عصبتين تساوتا وأحدهما متزوج بمن هى من أهل الحضانة قدم بذلك.

فصل: وظاهر هذا أن التزويج بالأجنبى يسقط الحضانة، وهو ظاهر قول الخرقى، وإن عرى عن الدخول، وهو قول الشافعى، ويحتمل أن لا يسقط إلا بالدخول وهو قول مالك، لأن به يشتغل عن الحضانة، والأول أولى لقول النبى ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحى»

---

(2) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٢٧٦) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ١٨٢) والحاكم فى «المستدرك» (٢/ ٢٠٧) وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه ووافقه الذهبى وهو كما قالا.

قريب بحيث يراهم الأب كل يوم ويرونه فتكون الأم على حضانتها، وقال القاضي: إذا كان السفر دون مسافة القصر فهو في حكم الإقامة وهو قول أصحاب الشافعي، لأن ذلك في حكم الإقامة في غير هذا الحكم فكذلك في هذا، ولأن مراعاة الأب له ممكنة، والمنصوص عن أحمد ما ذكرناه وهو أولى، لأن البعد الذي يمنعه من رؤيته يمنعه من تأديبه وتعليمه ومراعاة حاله فأشبه مسافة القصر، وبما ذكرناه من تقديم الأب عند افتراق الدار بهما قال شريح ومالك والشافعي، وقال أصحاب الرأي: إن انتقل الأب فالأم أحق به، وإن انتقلت الأم إلى البلد كان فيه أصل النكاح فهي أحق، وإن انتقلت إلى غيره فالأب أحق.

وحكي عن أبي حنيفة: إن انتقلت من بلد إلى قرية فالأب أحق، وإن انتقلت إلى بلد آخر فهي أحق، لأن في البلد يمكن تعليمه وتخريجه.

ولنا: أنه اختلف مسكن الأبوين فكان الأب أحق كما لو انتقلت من بلد إلى قرية أو إلى بلد لم يكن فيه أصل النكاح، وما ذكروه لا يصح، لأن الأب في العادة هو الذي يقوم بتأديب

وقد وجد النكاح، ولأن بالعقد تملك منافعها ويستحق زوجها منعها من حضانتها فزال حقها كما لو دخل بها.

فصل: إذا عدمت الأم أو تزوجت أو لم تكن من أهل الحضانة فأم الأب أولى من الخالة إذا اجتمعتا، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد، وحكي عن مالك وعن أحمد أن الأخت والخالة أحق من الأب وقد ذكرناه، فعلى هذا يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الأب وهو قديم قولي الشافعي، لأنها تدلي بأم، وأم الأب تدلي به فقدم من يدلي بالأم كتقديم أم الأم على أم الأب، ولأن النبي ﷺ قضى ببنت حمزة لخالتها وقال: «الخالة أم»(3).

ولنا: أن أم الأب جدة وارثة فقدمت على الخالة كأم الأم، ولأن لها ولادة فأشبهت أم الأم، فأما الحديث فيدل على أن للخالة حقًا في الجملة وليس النزاع فيه إنما النزاع في الترجيح عند الاجتماع، وقولهم: تدلي بأم، قلنا: لكن لا ولادة لها فيقدم عليها من له ولادة كتقديم أم الأم على الخالة، فعلى هذا متى وجدت جدة وارثة فهي أولى ممن ليس من عمودي النسب بكل حال، وإن علت درجتها لفضيلة الولادة والوراثة.

فصل: وإن اجتمعت أم أم وأم أب فأم الأم أولى وإن علت درجتها، لأن لها ولادة وهي تدلي بالأم التي تقدم على الأب فوجب تقديمها عليها كتقديم الأم على الأب، وعن أحمد أن أم الأب أحق وهو قياس قول الخرقي، لأنه قدم خالة الأب على خالة الأم، وخالة الأب أخت أمه وخالة الأم أخت أمها، فإذا قدم أخت أم الأب دل على تقديمها، وذلك لأنها تدلي بعصبة

---

(3) أخرجه أبو داود في «سننه» (٢/ ح٢٢٧٨) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٦) وذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٢٦٧) وإسناده صحيح.

ابنه وتخريجه وحفظ نسبه، فإذا لم يكن فى بلده ضاع فأشبه ما لو كان فى قرية، وإن انتقلا جميعًا إلى بلد واحد فالأم باقية على حضانتها، وكذلك إن أخذه الأب لافتراق البلدين ثم اجتمعا عادت إلى الأم حضانتها، وغير الأم ممن له الحضانة من النساء يقوم مقامها وغير الأب من عصبات الولد يقوم مقامه عند عدمهما أو كونهما من غير أهل الحضانة.

١٤٠٢- مسألة: قال: (**فإن لم تكن أم أو تزوجت الأم فأم الأب أحق من الخالة**).

فى هذه المسألة فصلان: **أحدهما:** أن الأم إذا تزوجت سقطت حضانتها، قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم(٩)، قضى به شريح وهو قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى، وحكى عن الحسن أنها لا تسقط بالتزويج.

ونقل مهنا عن أحمد: إذا تزوجت الأم وابنها صغير أخذ منها، قيل له: فالجارية مثل الصبى؟ قال: لا، الجارية تكون معها إلى سبع سنين، فظاهر هذا أنه لم يزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها وأزالها عن الغلام، ووجه ذلك ما روى أن عليّا وجعفراً وزيد بن حارثة تنازعوا فى حضانة ابنة حمزة فقال على: ابنة عمى وأنا أخذتها، وقال زيد: بنت أخى، لأن

مع مساواتها للأخرى فى الولادة فوجب تقديمها كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم، وإنما قدمت الأم على الأب لأنها أنثى تلى الحضانة بنفسها فكذلك أمه فإنها أنثى تلى بنفسها فقدمت لما ذكرنا.

10- مسألة: (**ومتى زالت الموانع منهم مثل أن عتق الرقيق وأسلم الكافر وعدل الفاسق وعقل المجنون، عاد حقهم من الحضانة**).

لأن سببها قائم وإنما امتنعت لمانع، فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم كالزوجة إذا طلقت فإنه يعود حقها من الحضانة كذلك هذا، وهذا مذهب الشافعى وأصحاب الرأى إلا أن أبا حنيفة والمزنى قالا: إن كان رجعيّا لم يعد حقها، لأن الزوجية قائمة فأشبه ما لو كانت فى صلب النكاح.

ولنا: أنها مطلقة فعاد حقها من الحضانة كالبائن، قولهم: هى زوجة، قلنا: إلا أنه قد عزلها عن فراشه ولم يبق لها عليه قسم ولا لها به شغل فأشبهت البائن، ويخرج لنا مثل قولهما لكون النكاح قبل الدخول مزيلاً لحق الحضانة مع عدم القسم والشغل بالزوج.

فصل: ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل والمعتوه، فأما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه وإليه الخيرة فى الإقامة عند من شاء من أبويه، فإن كان رجلاً فله الانفراد بنفسه لاستغنائه عنهما، ويستحب أن لا ينفرد عنهما ولا يقطع بره لهما، فأما الجارية فليس لها الانفراد ولأبيها منعها منه، لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها وبأهلها، فإن لم يكن لها أب قام أولياؤها مقامه.

---

(٩) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٨٥).

رسول الله ﷺ آخى بين زيد وحمزة، وقال جعفر: بنت عمى وعندى خالتها، فقال رسول الله: «الخالة أم» وسلمها إلى جعفر، رواه أبو داود[١٠] بنحو هذا المعنى، فجعل لها الحضانة وهى مزوجة.

والرواية الأولى هى الصحيحة، قال ابن أبى موسى: وعليها العمل لقول رسول الله ﷺ للمرأة: «أنت أحق به ما لم تنكحى»[١١] لأنها إذا تزوجت اشتغلت بحقوق الزوج عن الحضانة فكان الأب أحظ له، ولأن منافعها تكون مملوكة لغيرها فأشبهت المملوكة، فأما بنت حمزة فإنما قضى بها لخالتها لأن زوجها من أهل الحضانة، ولأنه لا يساويه فى الاستحقاق إلا على، وقد ترجح جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة فكان أولى، وعلى هذا متى كانت المرأة متزوجة لرجل من أهل الحضانة كالجدة تكون متزوجة للجد لم تسقط حضانتها، لأنه يشاركها فى الولادة والشفقة على الولد فأشبه الأم إذا كانت متزوجة للأب، ولو تنازع العمان فى الحضانة وأحدهما متزوج للأم أو الخالة فهو أحق لحديث بنت حمزة، وكذلك كل عصبتين

١١- مسألة: (ومتى أراد أحد الأبوين النقلة إلى بلد بعيد آمن ليسكنه فالأب أحق، وعنه الأم أحق، فإن اختل شرط منها فالمقيم منهما أحق).

وجملة ذلك: أن أحد الأبوين إذا أراد السفر لحاجة ثم يعود والآخر مقيم فالمقيم أولى بالحضانة، لأن فى المسافرة بالولد إضرارًا به، وإن كان منتقلاً إلى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوفًا أو البلد الذى ينتقل إليه مخوفًا فالمقيم أحق به، لأن فى السفر به خطرًا، ولو اختار الولد السفر فى هذه الحال لم يجب إليه، لأن فيه تغريرًا به، وإن كان البلد الذى ينتقل إليه آمنًا وطريقه آمن فالأب أحق به سواء كان هو المقيم أو المنتقل، فإن كان بين البلدين قرب بحيث يراهم الأب كل يوم ويرونه فتكون الأم على حضانتها، وقال القاضى: إذا كان السفر دون مسافة القصر فهو فى حكم الإقامة، وهو قول بعض أصحاب الشافعى، لأن ذلك فى حكم الإقامة فى غير هذا الحكم فكذلك فى هذا، ولأن مراعاة الأب له ممكنة والمنصوص عن أحمد ما ذكرناه.

قال شيخنا: وهو أولى لأن البعد الذى يمنعه من رؤيته يمنعه من تأديبه وتعليمه ومراعاة حاله فأشبه مسافة القصر وبما ذكرناه من تقديم الأب عند افتراق الدار بهما، قال شريح ومالك والشافعى وعن أحمد رواية أخرى: إن الأم أحق لأنها أتم شفقة أشبه ما لو لم يسافر واحد منهما، وقال أصحاب الرأى: إن انتقل الأب فالأم أحق به ولذلك إن انتقلت الأم إلى البلد الذى كان فيه أصل النكاح فهى أحق، وإن انتقلت إلى غيره فالأب أحق، وحكى عن أبى

---

(١٠) أخرجه البخارى (٥/ ح٢٦٩٩/ فتح) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ح٢٢٧٨) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٦).

(١١) تقدم برقم (٣) مسألة رقم (١٣٩٩).

تساويا وأحدهما متزوج بمن هى من أهل الحضانة قدم بها لذلك، وظاهر قول الخرقى: أن التزويج بأجنبى يسقط الحضانة بمجرد العقد وإن عرى عن الدخول، وهو قول الشافعى ويحتمل أن لا تسقط إلا بالدخول وهو قول مالك، لأن به تشتغل عن الحضانة.

ووجه الأول قول النبى ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحى» وقد وجد النكاح قبل الدخول، ولأن بالعقد يملك منافعها ويستحق زوجها منعها من حضانته فزال حقها كما لو دخل بها.

الفصل الثانى: أن الأم إذا عدمت أو تزوجت أو لم تكن من أهل الحضانة واجتمعت أم أب وخالة فأم الأب أحق، وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى الجديد، وحكى ذلك عن مالك وأبى ثور، وروى عن أحمد أن الأخت والخالة أحق من الأب، فعلى هذا يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الأب، وهو قول الشافعى القديم، لأنها تدلى بأم، وأم الأب تدلى به،

حنيفة إن انتقلت من بلد إلى قرية فالأب أحق وإن انتقلت إلى بلد آخر فهى أحق لأن فى البلد يمكن تعليمه وتخريجه.

ولنا: أنه اختلف مسكن الأبوين فكان الأب أحق كما لو انتقلت من بلد إلى قرية أو إلى بلد لم يكن فيه أصل النكاح، وما ذكروه لا يصح لأن الأب فى العادة هو الذى يقوم بتأديب ابنه وتخريجه وحفظ نسبه فإذا لم يكن فى بلده ضاع فأشبه ما لو كان فى قرية، وإن انتقلا جميعًا إلى بلد واحد فالأم باقية على حضانتها وكذلك إن أخذه الأب لافتراق البلدين ثم اجتمعا عادت إلى الأم حضانتها وغير الأم ممن له الحضانة من النساء يقوم مقامها وغير الأب من عصبات الولد يقوم مقامه عند عدمهما أو كونهما من غير أهل الحضانة.

فصل: وإذا بلغ الغلام سبع سنين خُير بين أبويه فكان مع من اختار منهما.

إذا لم يكن معتوهًا وتنازعا فيه فمن اختاره منهما فهو أولى به، قضى بذلك عمر وعلى وشريح وهو مذهب الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك: لا يخير، قال أبو حنيفة: إذا استقل بنفسه ولبس بنفسه واستنجى بنفسه فالأب أحق به، وقال مالك: الأم أحق به حتى يثغر، وأما التخيير فلا يصح، فإن الغلام لا قول له ولا يعرف حظه وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكن من شهواته فيؤدى إلى إفساده، ولأنه دون البلوغ فلم يخير كمن دون السبع.

ولنا: ما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ خير غلامًا بين أبيه وأمه(4)، رواه سعيد والشافعى، وفى لفظ عن أبى هريرة قال: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن زوجى يريد أن يذهب بابنى وقد سقانى من بئر أبى عتبة وقد نفعنى، فقال له النبى ﷺ: «هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت» فأخذ بيد أمه فانطلقت به، رواه أبو

---

(4) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (٢/ ٢٣٥١) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٢٤٦) والترمذى فى «صحيحه» (٣/ ١٣٥٧) وسعبد بن منصور فى «السنن» (٢/ ٢٢٧٥) وصححه الألبانى.

فقدم من يدلى بالأم كتقديم أم الأم على أم الأب، ولأن النبى ﷺ قضى ببنت حمزة لخالتها وقال: «الخالة أم».

ولنا: أن أم الأب جـدة وارثة فـقـدمت على الخـالة كـأم الأم، ولأن لهـا ولادة ووراثة فأشبـهت أم الأم، فأما الحديـث فيدل على أن للخالة حـقًا فى الجملة وليس النزاع فيـه إنما النزاع فى الترجيح عند الاجتماع، وقولهم تدلى بأم قلنا: لكن لا ولادة لها فيقدم عليها من له ولادة كتقـديم أم الأم على الخالة، فعلى هذا متى وجدت جـدة وارثة فهى أولى ممن هو من غير عمودى النسب بكل حال وإن علت درجتـها لفضيلة الولادة والوراثة، فأما أم أبى الأم فلا حضانة لها لأنها تدلى بأبى الأم ولا حضانة له ولا لمن أدلى به.

فصل: **فإن اجتمعت أم أم وأم أب فأم الأم أحق وإن علت درجتها**، لأن لها ولادة، وهى تدلى بالأم التى تقدم على الأب، فوجب تقـديمها عليها كتـقديم الأم على الأب، وعن أحمد أن أم الأب أحق، وهو قيـاس قول الخرقى لأنه قـدم خالة الأب على خـالة الأم وخالة الأب

داود(5)، ولأنه إجماع الـصحابة فروى عن عـمر أنه خير غلامًـا بين أبيه وأمه، رواه سـعيد، وروى عن عمـارة الحرمى أنه قـال: خيرنى علـى بين عمى وأمى وكنت ابن سـبع أو ثمان، وروى نحو ذلـك عن أبى هريرة، وهذه قصص فى مظنة الشـهرة ولم تنكـر فكانت إجمـاعًا، ولأن التقديم فى الحضـانة لحق الولد فيقدم من هو أشفق، لأن حظ الولد عنده أكبـر واعتبرنا الشفقة بمظـنتها إذ لم يمكن اعتبارها بنفسـها، فإذا بلغ الغلام حدًا يعرب عن نفـسه ويميز بين الإكرام وضـده فمال إلى أحـد الأبوين دل على أنه أرفق به وأشفق عليـه فقدم بذلك وقـيدناه بالسبع، لأنها أول حال أمـر الشارع فيها بمخاطبته بالأمـر بالصلاة، ولأن الأم قدمت فى حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته، ولأنها أعرف بذلك وأقوم به، فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجح باختياره.

12- **مـسـألة:** **(فإن اختار أباه كان عنده ليلاً ونهـارًا، وإن اختار أمه كان عندها ليلاً وعند أبيه نهارًا ليعلمه الصناعة والكتابة ويؤدبه)** .

إذا اختـار الغلام أباه كان عنده ليـلاً ونهارًا ولا يمنع من زيارة أمه، لأن منعـه ذلك إغراء بالعقوق وقطيـعة الرحم، وإن مرض كانت الأم أحق بتـمريضه فى بيتهـا، لأنه صار بالمرض كالصـغير فى الحاجـة إلى من يقوم بأمره فكانت الأم أحق به كـالصغير، وإن اخـتار الأم كان عندها ليلاً ويأخذه الأب نهارًا ليسلمـه فى مكتب أو فى صناعة، لأن القصد حظ الغلام وحظه فيما ذكرنا.

فصل: **وإن مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته**

---

(5) أخرجـه أبو داود فى «سننه» (٢/ ٢٢٧٧) والدارمـى فى «سننه» (٢/ ٢٢٩٣) وأحـمـد فى «مسنده» (٢/ ٢٤٦) وإسناده صحيح.

أخت أمه وخالة الأم أخت أمها، فإذا قدم أخت أم الأب دل على تقديمها، وذلك لأنها تدلي بعصبة مع مساواتها للأخرى فى الولادة فوجب تقديمها كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم، وإنما قدمت الأم على الأب، لأنها التى تلى الحضانة بنفسها فكذلك أمه فإنها أنثى تلى بنفسها فقدمت لما ذكرناه.

١٤٠٣ - **مسألة:** قال: (والأخت من الأب أحق من الأخت من الأم وأحق من الخالة).

وجملته: أنه إذا عدم من يستحق الحضانة من الآباء والأمهات وإن علوا انتقلت إلى الأخوات وقدمن على سائر القرابات كالخالات والعمات وغيرهن، لأنهن شاركن فى النسب وقدمن فى الميراث، ولأن العمات والخالات إنما يدلين بأخوة الآباء والأمهات ولا ميراث لهن مع ذى فرض ولا عصبة فالمدلى إلى نفس المكفول ويرثه أقرب وأشفق فكان أولى، وأولى الأخوات من كان لأبوين لقوة قرابتها ثم من كان لأب ثم من كان لأم، نص عليه أحمد وهو ظاهر مذهب الشافعى، وقال أبو حنيفة: الأخت من الأم أولى من الأخت من الأب، وهو

سواء كان ذكرًا أو أنثى، لأن المرض يمنع المريض من المشى إلى ولده فمشى ولده إليه أولى، فأما فى حال الصحة فإن الغلام يزور أمه، لأنها عورة فسترها أولى، والأم تزور ابنتها، لأن كل واحدة منهما عورة تحتاج إلى صيانة وستر الجارية أولى، لأن الأم قد تخرجت وعقلت بخلاف الجارية.

13- **مسألة:** (فإن عاد فاختار الآخر نقل إليه، فإن عاد فاختار الأول رد إليه).

هكذا أبدًا كلما اختار أحدهما صار إليه، لأنه اختيار شهوة لحظ نفسه فاتبع ما يشتهيه كما يتبع ما يشتهيه فى المأكول والمشروب، وقد يشتهى المقام عند أحدهما فى وقت، وعند الآخر فى وقت، وقد يشتهى التسوية بينهما وأن لا ينقطع عنهما.

14- **مسألة:** (فإن لم يختر أحدهما أقرع بينهما).

لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه ولا يمكن اجتماعهما على حضانته فيقدم أحدهما بالقرعة، فإذا قدم بها ثم اختار الآخر نقل إليه، لأننا قدمنا اختياره الثانى على الأول فعلى القرعة التى هى بدل أولى.

15- **مسألة:** (وإذا استوى اثنان فى الحضانة كالأختين قدم أحدهما بالقرعة لما ذكرنا).

فصل: فإن كان الأب معدومًا أو من غير أهل الحضانة وحضر غيره من العصبات كالأخ والعم وابنه قام مقام الأب فيخير الإمام بينه وبين أمه، لأن عليًا ﷺ خير عمارة الحزمى بين أمه وعمه، ولأنه عصبة فأشبه الأب، وكذلك إن كانت الأم معدومة أو من غير أهل الحضانة فحضنته الجدة خُير الغلام بينها وبين أبيه أو من يقوم مقامه من العصبات، فإن كان الأبوان معدومين أو من غير أهل الحضانة فسلم إلى امرأة كأخته أو عمته أو خالته قامت مقام أمه فى

قول المزنى وابن سريج، لأنها أدلت بالأم فقدمت على المدلية بالأب كأم الأم مع أم الأب، وقال ابن سريج: تقدم الخالة على الأخت من الأب لذلك، ولأبى حنيفة فيه روايتان.

ولنا: أن الأخت من الأب أقوى فى الميراث فقدمت كالأخت من الأبوين ولا تخفى قوتها، فإنها أقيمت مقام الأخت من الأبوين عند عدمها، وتكون عصبة مع البنات وتقاسم الجد، وما ذكروه من الإدلاء لا يلزم، لأن الأخت تدلى بنفسها لكونهما خلقا من ماء واحد، ولها تعصيب فكانت أولى والله أعلم.

١٤٠٤- مسألة: قال: **(وخالة الأب أحق من خالة الأم)**.

وجملته: أنه إذا عدمت الأمهات والآباء والأخوات انتقلت الحضانة إلى الخالات، ويقدمن على العمات، نص عليه أحمد، ويحتمل كلام الخرقى تقديم العمات، لأنه قدم خالة الأب، وهى أخت أمه على خالة الأم، وهى أخت أمها فيدل ذلك على تقديم قرابة الأب على قرابة الأم، ولأنهن يدلين بعصبة فقدمن كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم.

التخيير بينها وبين عصباته للمعنى المذكور فى الأبوين، فإن كان الأبوان رقيقين وليس له أحد من أقاربه سواهما فقال القاضى: لا حضانة لهما عليه ولا نفقة له عليهما ونفقته فى بيت المال ويسلم إلى من يحضنه من المسلمين.

فصل: وإنما يخير الغلام بشرطين:

أحدهما: أن يكونا جميعًا من أهل الحضانة، فإن كان أحدهما من غير أهل الحضانة كان كالمعدوم وتعين الآخر..

والثانى: أن لا يكون الغلام معتوهًا، فإن كان معتوهًا كان عند الأم ولم يخير، لأن المعتوه بمنزلة الطفل وإن كان كبيرًا، ولذلك كانت الأم أحق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه، ولو خير الصبى فاختار أباه ثم زال عقله رد إلى الأم وبطل اختياره، لأنه إنما خير حين استقل بنفسه فإذا زال استقلاله بنفسه كانت الأم أولى، لأنها أشفق عليه وأقوم بمصالحه كما فى حال طفوليته.

16- مسألة: (وإذا بلغت الجارية سبع سنين كانت عند أبيها ولا تمنع الأم من زيارتها وتمريضها، وقال الشافعى: تخير كما يخير الغلام).

لأن كل سن خُير فيه الغلام خُيرت فيه الجارية كالبلوغ، وقال أبو حنيفة: الأم أحق بها حتى تتزوج أو تحيض، وذكر ابن أبى موسى فى الإرشاد رواية أن الأم أحق بها حتى تحيض، وقال مالك: الأم أحق بها حتى تتزوج ويدخل بها الزوج، لأنه لا حكم لاختيارها ولا يمكن انفرادها فكانت أحق بها كما قبل السبع.

ولنا: أن الغرض بالحضانة الحظ والحظ للجارية بعد السبع فى الكون عند أبيها، لأنها تحتاج إلى حفظ والأب أحق بذلك، فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها، ولأنها إذا

وقال القاضى: مراد الخرقى بقوله خالة الأب أى: الخالة من الأب تقدم على الخالة من الأم كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم، لأن الخالات أخوات الأم فيجرين فى الاستحقاق والتقديم فيما بينهن مجرى الأخوات المفترقات، وكذلك الحكم فى العمات المفترقات، فإن قلنا بتقديم الخالات فإذا انقرضن فالعمات بعدهن، وإن قلنا بتقديم العمات فالخالات بعدهن، فإذا عدمن انتقلت إلى خالات الأب على قول الخرقى، وعلى القول الآخر إلى خالات الأم، وهل يقدم خالات الأب على عماته؟ على وجهين بناءً على ما ذكرنا فى الخالات والعمات، فأما عمات الأم فلا حضانة لهن لأنهن يدلين بأبى الأم وهو رجل من ذوى الأرحام لا حضانة له ولا لمن أدلى به.

فصل: وللرجال من العصبات مدخل فى الحضانة وأولاهم الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا ثم الأخ من الأبوين ثم الأخ من الأب ثم بنوهم وإن سفلوا على ترتيب الميراث ثم العمومة ثم بنوهم كذلك ثم عمومة الأب ثم بنوهم، وهذا قول الشافعى، وقال بعض

بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج وقد تزوج النبى ﷺ عائشة وهى بنت سبع (6)، وإنما تخطب الجارية من أبيها، لأنه وليها والمالك لتزويجها وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث فينبغى أن يقدم على غيره، ولا يصار إلى تخييرها، لأن الشرع لم يرد به فيها ولا يصح قياسها على الغلام، لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها إليه ولا على سن البلوغ، لأن قولها حينئذ معتبر فى إذنها وتوكيلها وإقرارها وإجبارها بخلاف مسألتنا، ولا يصح قياس ما قبل السبع على ما بعدها لما ذكرنا فى دليلنا والله أعلم.

فصل: وإذا كانت الجارية عند الأم أو عند الأب فإنها تكون عنده ليلاً ونهاراً فإن تأديبها وتخريجها فى جوف البيت من تعليمها الغزل والطبخ وغيرهما ولا حاجة بها إلى الإخراج منه ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر من غير أن يخلو الزوج بأمها ولا يطيل ولا ينبسط، لأن الفرقة بينهما تمنع تبسط أحدهما فى منزل الآخر، وإن مرضت فالأم أحق بتمريضها فى بيتها، آخر الباب والحمد لله رب العالمين.

17- مسألة: (وإن تزوجت المرأة فلزوجها منعها من رضاع ولدها إلا أن يضطر إليها).

وجملة ذلك: أن للزوج منع امرأته من رضاع ولدها من غيره ومن رضاع ولد غيرها إلا أن يضطر إليها، لأن عقد النكاح يقتضى تمليك الزوج الاستمتاع فى كل الزمان من كل الجهات سوى أوقات الصلوات، والرضاع يفوت عليه الاستمتاع فى بعض الأوقات فكان له منعها كالخروج من منزله، فأما إن اضطر إليه بأن لا توجد من ترضعه غيرها أو لا يقبل الارتضاع من غيرها وجب التمكين من إرضاعه، لأنها حال ضروة وحفظ لنفس ولدها فقدم على حق الزوج كتقديم المضطر على المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته.

---

(6) أخرجه البخارى فى «النكاح» (٩/ ح٥١٣٣/ فتح).

أصحـابه: لا حضـانة لغيـر الآباء والأجداد، لأنهم لا مـعرفـة لهم بالحضـانة ولا لهم ولاية بأنفسهم فلم يكن لهم حضانة كالأجانب.

ولنا: أن عليّا وجعفرًا اختصما فى حـضانة ابنة حمزة فلم ينكر عليهما النبى ﷺ ادعاء الحضـانة(١٢)، ولأن لهم ولاية وتعصيبًا بالقرابة فتـثبت لهم الحضانة كالأب والجد، وفارق الأجانب فإنهم ليست لهم قرابة ولا شفقة، ولأن الأجانب تساووا فى عدم القرابة فليس واحد منهم أولى بالتقديم من الآخر، والعصـبات لهم قرابة يمتازون بها وأحقهم بالحـضانة أحقهم بالميراث بعد الآباء والأجـداد ويقومون مقام الأب فى التخييـر للصبى بينه وبين الأم أو غيرها ممن له الحضانة من النساء ويكونون أحق بالجـارية إذا بلغت سبعًا إلا ابن العم فإن الجارية لا تسلم إليه إذا بلغت سبعًا لأنه ليس بمحرم لها.

فـصل: فأما الرجال من ذوى الأرحام كالخال والأخ من الأم وأبى الأم وابن الأخت فلا حضانة لهم مع وجود أحد من أهل الحضــانة سواهم، لأنه ليس بامرأة يتولى الحضانة ولا له

فصل: فإن أرادت إرضاع ولدها فكلام الخرقى يحتمل وجهين:

أحدهما: له منعها لعموم لفظه فى هذه المسألة وهو قول الشافعى، لأنه يخل بالاستمتاع منها فأشبـه ولد غيرها، **والثـانى:** ليس له منعها، فإنه قال: إلا أن تشاء الأم أن ترضعه بأجر مثلها فتكون أحق به من غيرها سواء كانت فى حبال الزوج أو مطلقة، وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ (البقرة: ٢٣٣) وهو خبر يراد به الأمر وهو عام فى كل والدة، وقال أصحـب الشافعى: يحمل على المطلقـات، ولا يصح ذلك، لأنه جعل لهن رزقهن وكسوتهن وهم لا يجيزون جعل ذلـك أجر الرضاع ولا غيره، وقولنا فى الوجه الأول: إنه يخل باستمتاعه، قلنا: ولكن لإيفاء حق عليه وليس ذلك ممتنعًا كما أن قضاء دينه بدفع ما له فيه ويجب لا سيما إذا تعلق به حق الولد مع كونه مع أمه وحق الأم فى الجميع بينهما وبين ولده، وهذا الوجه ظاهر كلام ابن أبى موسى والأول ظاهر كلام القاضى أبى يعلى.

فـصل: فإن أجرت المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صح النكاح ولم يملك الزوج فسخ الإجارة ولا منعها من الرضـاع حتى تمضى المدة، لأن منافعها ملكت بعقد سابق على نكاحه أشبه مـا لو اشترى أمة مسـتأجرة، وإن نام الصبى أو اشتـغل بغيرها فللزوج الاستـمتاع وليس لولى الصبى منعـه، وبهذا قال الشافعى، وقـال مالك: ليس له وطؤها إلا برضى الولى، لأن ذلك ينقص اللبن.

ولنا: أن وطء الزوج مستحق بالعـقد فلا يسقط بأمر مشكوك فيه كـما لو أذن فيه الولى، ولأنه يجوز له الوطء مع إذن الولى فجاز مع عدمه، لأنه لـيس للولى الإذن فيما يضر بالصبى ويسقط حقه.

---

(١٢) تقدم تخريجه فى الحديث رقم (١٠) مسألة رقم (١٤٠٢).

قوة قرابة كـالعصبات، ولا حضانة إلا بمن يدلى بـهم كأم أبى الأم وابنة الخال وابنة الأخ من الأم، لأنهن يدلين بمن لا حضـانة له، فإذا لم تثبت للمدلى فللمـدلين به أولى، فإن لم يكن هناك غيرهم احتمل وجهين: أحدهـما: هم أولى، لأن لهم رَحِمًا وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم كذلك الحضانة تكون لهم عند عدم من هو أولى بها منهم، والثاني: لا حق لهم فى الحضانة وينتقل الأمر إلى الحاكم، والأول أولى.

فصل: فى بيان الأولى فالأولى من أهل الحضانة عند اجتماع الرجال والنساء.

أولى الكل بهـا الأم ثم أمهـاتهـا وإن علون يقدم منهـن الأقرب فـالأقرب، لأنهن نسـاء ولادتهن متحققة فهى فى معنى الأم، وعن أحـمد أن أم الأب وأمهاتها مقدمات على أم الأم، فـعلى هذه الرواية يكون الأب أولـى بالتـقديم، لأنـهن يدلين به فـيكون الأب بعـد الأم، ثم أمهاته، والأولى هى المشـهورة عند أصحابنا وأن المقدم الأم ثم أمهـاتها ثم الأب ثم أمهاته، ثم الجد ثم أمهاته ثم جد الأب ثم أمهـاته وإن كن غير وارثات، لأنهن يدلين بعصبة من أهل الحضانة بخلاف أم أبى الأم.

فـصل: فإن أجرت المرأة المـزوجة نفسها للرضاع بإذن زوجهـا جاز ولزم العقد لأن الحق لهما لا يخرج عنهـما، وإن أجرتها بغير إذنه لم يصح لتضـمنه تفويت حق زوجها وهذا أحد الوجـهين لأصحاب الشـافعى، والآخر يصح، لأنه يتـأول محلاً غيـر محل النكاح لكن للزوج فسخه، لأنه يفوت به الاستمتاع ويختل.

ولنا أنه عقد يفوت به حق من ثبت له الحق بعقد سابق فلم يصح كأجرة المستأجر.

فـصل: قال الشيـخ رحمه الله: **وعلى السيد الإنفاق على رقيقـه قدر كفايتهم وكسوتهم بالمعروف ونفقة المملوكين على ملاكهم ثابتة بالسنة والإجماع،** أما السنة: فروى أبو ذر عن النبى ﷺ أنه قال: «إخـوانكم خولكم جـعلهم الله تحت أيديكم فمن كـان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبـسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فإن كلفتـموهم فأعينوهم عليه» متفق عليه [7] وروى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال: «للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ولا يكلف من العـمل ما لا يطيق» [8] رواه الشافعى فى مسنده، وأجمع الـعلماء على وجوب نفقة المملوك على سيده، ولأنه لا بد له من نفقة ومنافعه لسيده وهو أخص الناس به فوجبت نفقته عليه كبهيمته.

فصل: والواجب من ذلك قدر كفايته من غالب قوت البلد سواء كان قوت سيده أو دونه

---

(7) أخرجه البخارى فى كتاب «العتق» (٥/ ح٢٥٤٥/ فتح) ومسلم (٣/ أيمان/ ١٢٨٣) من حديث أبى ذر رضي الله عنه.

(8) أخرجـه مسلم (٣/ كتـاب الإيمان/ باب إطعام المـملوك ممـا يأكل وإلباسه مـما يلبس) (ص١٢٨٣/ ح٤١/ ١٦٦٢) من حديث أبى هريرة.

وحكى عن أحمد رواية أخرى أن الأخت من الأم والخالة أحق من الأب فتكون الأخت من الأبوين أحق منه، ومنهما ومن جميع العصبات، والأولى هى المشهورة فى المذهب، فإذا انقرض الآباء والأمهات انتقلت الحضانة إلى الأخوات، وتقدم الأخت من الأبوين ثم الأخت من الأب ثم الأخت من الأم، وتقدم الأخت على الأخ، لأنها امرأة من أهل الحضانة فقدمت على من فى درجتها من الرجال كالأم تقدم على الأب وأم الأب على أبى الأب وكل جدة فى درجة جد تقدم عليه، لأنها تلى الحضانة بنفسها والرجل لا يليها بنفسه.

وفيه وجه آخر: أنه يقدم عليها، لأنه عصبة بنفسه، والأول أولى، وفى تقديم الأخت من الأبوين أو من الأب على الجد وجهان، وإذا لم تكن أخت فالأخ للأبوين أولى ثم الأخ للأب ثم أبناؤهما ولا حضانة للأخ للأم لما ذكرنا فإذا عدموا صارت الحضانة للخالات على الصحيح وترتيبهن فيها كترتيب الأخوات، ولا حضانة للأخوال فإذا عدمن صارت للعمات ويقدمن على الأعمام كتقديم الأخوات على الإخوة ثم للعم للأبوين ثم للعم للأب ولا حضانة للعم من الأم، ثم أبناؤهما ثم إلى خالات الأب ثم على قول الخرقى وعلى قول الآخر إلى خالات الأم ثم إلى عمات الأب ولا حضانة لعمات الأم، لأنهن يدلين بأبى الأم ولا حضانة له، وإن اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة فى درجة قدم المستحق منهم بالقرعة.

أو فوقه وأدم مثله بالمعروف لحديث أبى هريرة، والمستحب أن يطعمه من جنس طعامه لقوله: «فليطعمه مما يأكل» فجمعنا بين الخبرين فحملنا خبر أبى هريرة على الإجزاء وحديث أبى ذر على الاستحباب، والسيد مخير بين أن يجعل نفقته من كسبه إن كان له كسب وأن ينفق عليه من ماله ويأخذ كسبه أو يجعله برسم نفقة خدمته وينفق عليه من ماله، لأن الكل ماله فإن جعل نفقته فى كسبه وكانت وفق الكسب صرفها إليه، وإن فضل من الكسب شىء فهو لسيده، وإن أعوز فعليه تمامه، وأما الكسوة فبالمعروف من غالب الكسوة لا مثال العبد فى ذلك البلد الذى هو به، والمستحب أن يلبسه من لباسه لحديث أبى ذر، ويستحب أن يسوى بين عبيده الذكور فى الكسوة والإطعام وبين إمائه إن كن للخدمة أو الاستمتاع، وإن كان فيهن من هو للخدمة ومن هو للاستمتاع فلا بأس بزيادة من هى للاستمتاع فى الكسوة، لأنه للعرف، ولأن غرضه تجميل من يستمتع بها بخلاف الخادمة.

18- **مسألة: (وعليه تزويجهم إذا طلبوا ذلك)** .

وهذا أحد قولى الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك: لا يجبر عليه، لأن فيه ضررًا عليه وليس مما تقوم به البنية فلم يلزمه كإطعام الحلواء.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ (النور: ٣٢) والأمر يقتضى الوجوب ولا يجب إلا عند الطلب، وروى عكرمة عن ابن عباس قال: من كانت له جارية فلم يزوجها ولم يصبها أو عبد فلم يزوجه فما صنعا من شىء كان على السيد

فصل: فإن تركت الأم الحضانة مع استحقاقها لها ففيه وجهان: أحدهما: تنتقل إلى الأب لأن أمهاتها فرع عليها فى الاستحقاق فإذا أسقطت حقها سقط فروعها، والثانى: تنتقل إلى أمها، وهو أصح، لأن الأب أبعد فلا تنتقل الحضانة إليه مع وجود أقرب منه كما لا تنتقل إلى الأخت، وكونهن فروعًا لها لا يوجب سقوط حقوقهن بسقوط حقها كما لو سقط حقها لكونها من غير أهل الحضانة أو لتزوجها، وهكذا الحكم فى الأب إذا أسقط حقه هل يسقط حق أمهاته؟ على وجهين، وإن كانت أخت من أبوين وأخت من أب فأسقطت الأخت من الأبوين حقها لم يسقط حق الأخت من الأب، لأن استحقاقها من غير جهتها وليست فرعًا عليها.

١٤٠٥- مسألة: قال: **(وإذا أخذ الولد من الأم إذا تزوجت ثم طلقت رجعت على حقها من كفالته).**

وبهذا قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى إلا أن أبا حنيفة والمزنى قال: إن كان الطلاق رجعيًا لم يعد حقها، لأن الزوجة قائمة فأشبه ما لو كانت فى صلب النكاح.

ولولا وجوب إعفافهما ما لحق السيد الإثم بفعلهما، ولأنه مكلف محجور عليه دعى إلى تزويجه فلزمت إجابته كالمحجور عليه للسفه، ولأن النكاح مما تدعو الحاجة إليه غالبًا ويتضرر بفواته فأجبر عليه كالنفقة، ولأنه يخاف من ترك إعفافه الوقوع فى المحظور بخلاف الحلواء، إذا ثبت هذا فالسيد مخير بين تزويجه أو تمليكه أمة يتسراها، وله أن يزوجه أمة، لأن نكاح الأمة مباح للعبد من غير شرط، ولا يجب عليه تزويجه إلا عند طلبه، لأن هذا مما يختلف الناس فيه وفى الحاجة إليه ولا نعلم حاجته إلا بطلبه ولا يجوز تزويجه إلا باختياره إذا كان عبدًا كبيرًا، وإذا كان للعبد زوجة فعلى سيده تمكينه من الاستمتاع بها ليلاً، لأن إذنه فى النكاح إذن فى الاستمتاع المعتاد والعادة جارية بذلك ليلاً وعليه نفقة زوجته على ما قدمناه.

19- مسألة: **(إلا الأمة إذا كان يستمتع بها).**

وجملته أن السيد مخير فى الأمة بين تزويجها إذا طلبت ذلك وبين الاستمتاع بها فيغنيها باستمتاعه عن غيره، لأن المقصود قضاء الحاجة وإزالة ضرر الشهوة وذلك يحصل بأحدهما فلم يتعين الآخر.

20- مسألة: **(ولا يكلفهم من العمل ما لا يطيقون).**

وهو ما يشق عليه ويقرب من العجز عنه لحديث أبى ذر، ولأن ذلك يضر به ويؤذيه وهو ممنوع من ذلك.

21- مسألة: **(ويريحهم وقت القيلولة والنوم وأوقات الصلوات).**

لأن العادة جارية بذلك، ولأن عليهم فى ترك ذلك ضررًا ولا يحل الإضرار بهم.

22- مسألة: **(ويداويهم إذا مرضوا).**

إذا مرض المملوك أو زمن أو عمى أو انقطع كسبه فعلى سيده القيام به والإنفاق عليه،

ولنا: أنها مطلقة فعاد حقها من الحـضانة كالبائن، وقولهم: إنها زوجة، قلنا: إلا أنه قد عزلها عن فـراشه ولم يبق لها عليه قسم ولا لها به شـغل وعقد سبب زوال نكاحها فـأشبهت البائن فى عدتها ويخرج عندنا مثل قولهـما لكون النكاح قبل الدخول مزيلاً لحق الحضانة مع عدم القسم والشغل بالزوج.

فـصل: وكل قرابة تستحق بها الحضانة منع منها مانع كرق أو كفر أو فسوق أو جنون أو صغر إذا زال المانع مثل أن عتق الرقـيق وأسلم الكافر، وعدل الفاسق، وعقل المجنون، وبلغ الصغير عـاد حقهم من الحضانة، لأن سببـها قائم، وإنما امتنعت لمـانع، فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم كالزوجة إذا طلقت.

١٤٠٦- **مسألة:** قال: **(وإذا تزوجت المرأة فلزوجها أن يمنعها من رضاع ولدها إلا أن يضطر إليها ويُخشى عليه التلف)**.

وجـملة ذلك: أن للزوج منع امرأته من رضاع ولدها من غيـره ومن رضاع ولد غيرها إلا أن يضطر إليها، لأن عقد النكاح يقتضى تمليك الزوج الاستمتاع فى كل زمان من كل الجهات سوى أوقـات الصلوات، والرضاع يفـوت عليه الاستـمتاع فى بعض الأوقـات فكان له المنع

لأن نفقـته تجب بالملك ولهـذا تجب مع الصغـر والملك باق مع المرض، والعـمى والزمانة تجب نفقته معهما لعموم النصوص المذكورة.

23- **مسألة: (وإذا ولى أحدهم طعامه أطعمه معه، فإن أبى أطعمه منه)**.

لما روى أبو هريـرة أن النبى ﷺ قال: «إذا كفى أحـدكم خادمه طـعامه حـره ودخانه فليدعه وليجلسه معه، فإن أبى فليـروغ له اللقمة واللقمتين» رواه البخارى(9)، ومـعنى ترويغ اللقمة غمسها فى المرق والدسم وترويتها بذلك ودفعها إليه، ولأنه يشتهيه لحضوره فيه وتوليه إياه، وقد قـال الله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُم مِّنْهُ﴾ (النساء: ٨) لأن نفس الحاضر تتوق ما لا تتوق نفس الغائب.

24- **مسألة: (ولا يسترضع الأمة لغير ولدها إلا أن يكون فيها فضل عن ريه)**.

لأن فيه إضرارًا بولدها لنقـصه فى كفايته وصرف اللبن المخلوق له إلى غـيره مع حاجته إليه فلم يجـز كما لو أراد أن ينقص الكبـير عن كفايتـه ومؤنته، فـإن كان فيهـا فضل عن رى ولدها جاز، لأنه ملكه وقد استـغنى عنه الولد فكان له استبقاؤه كالفاضل من كـسبه أو كما لو مات ولدها وبقى لبنها.

---

(9) أخرجه البخارى فى «العتق» (٥/ ح٢٥٥٧) وفى كتاب «الأطعمة» (٩/ ح٥٤٦٠/ فتح) من حديث أبى هريرة بلفظ «إذا أتى أحـدكم خادمـه بطعامه فـإن لم يجلسه مـعه فليناوله أكـلة أو أكلتين، أو لقـمة أو لقمتيـن، فإنه ولِىَ حرَّه وعلاجه» اهـ. والترمـذى فى «سننه» (٤/ ح١٨٥٣) واللفظ له، وابن ماجه فى «سننه» (٢/ ٢٣٨٩ - ٣٢٩١) والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢٠٧٤) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٤٧٣).

كالخروج من منزله، فإن اضطر الولد بأن لا توجد مرضعة سواها أو لا يقبل الولد الارتضاع من غيرها وجب التمكين من إرضاعه، لأنها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها فقدم على حق الزوج كتقديم المضطر على المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته.

فصل: فإن أرادت إرضاع ولدها منه فكلام الخرقى يحتمل وجهين: أحدهما: أن له منعها من رضاعه لعموم لفظه، وهو قول الشافعي لأنه يخل باستمتاعه منها فأشبه ما لو كان الولد من غيره، **والثاني:** ليس له منعها، فإنه قال: وإن أرادت رضاع ولدها بأجرة مثلها فهي أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة، وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ (البقرة: ٢٣٣) وهذا خبر يراد به أمر وهو عام في كل والدة، ولا يصح من أصحاب الشافعي حمله على المطلقات، لأنه جعل لهن رزقهن وكسوتهن وهم لا يجيزون جعل ذلك أجر الرضاع ولا غيره، وقولنا: في الوجه الأول إنه يخل باستمتاعه، قلنا: ولكن لإيفاء حق عليه وليس ذلك ممتنعًا، كما أن قضاء دينه بدفع ماله فيه واجب سيما إذا تعلق به حق الولد في كونه مع أمه وحق الأم في الجمع بينهما وبين ولدها، وهذا الوجه ظاهر كلام ابن أبي موسى وهو ظاهر كلام القاضي أبي يعلى.

25- مسألة: (ولا يجبر العبد على المخارجة، وإن اتفقا عليها جاز).

معنى المخارجة أن يضرب عليه خراجًا معلومًا يؤديه إلى سيده وما فضل للعبد، لأن ذلك عقد بينهما فلا يجبر عليه كالكتابة، وإن طلب العبد ذلك وأباه السيد لم يجبر عليه لما ذكرنا، فإن اتفقا على ذلك جاز لما روى أن أبا طيبة حجم النبي ﷺ فأعطاه أجرة وأمر مواليه أن يخففوا عنه من خراجه[10]، وكان كثير من الصحابة يضربون على رقيقهم خراجًا، فروى أن الزبير كان له ألف مملوك على كل واحد منهم كل يوم درهم.

وجاء أبو لؤلؤة إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه فسأله أن يسأل المغيرة بن شعبة يخفف عنه من خراجه، ثم ينظر فإن كان ذا كسب فجعل عليه بقدر ما يفضل عن كسبه عن نفقته وخراجه شيء جاز فإن لهما نفعًا فإن العبد يحرص على الكسب وربما فضل معه شيء يزيده في النفقة ويتسع به، وإن وضع عليه أكثر من كسبه بعد نفقته لم يجز، وكذلك إن كلف من لا كسب له المخارجة لما روى عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: لا تكلفوا الصغير الكسب فإنكم متى كلفتموه الكسب سرق، ولا تكلفوا المرأة غير ذات الصنعة الكسب فإنكم متى كلفتموها الكسب كسبت بفرجها، ولأنه متى كلف غير ذي الكسب خراجًا كلفه ما يغلبه، وقد قال النبي ﷺ: «لا تكلفوهم ما يغلبهم» وربما حمله ذلك على أن يأتي به من غير وجهه فلم يكن للسيد أخذه.

---

(10) أخرجه البخاري في «صحيحه» من كتاب «البيوع» (٣/ ٨٢، ١٠٣، ١٢٢) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١٢٠٤).

فصل: **وإن آجرت المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صح النكاح،** ولم يملك الزوج فسخ الإجارة وله[١٣] منعها من الرضاع حتى تنقضى المدة، لأن منافعها مُلكت بعقد سابق على نكاحه فأشبه ما لو اشترى أمة مستأجرة أو دارًا مشغولة، فإن نام الصبى أو اشتغل بغيرها فللزوج الاستمتاع، وليس لولى الصبى منعه، وبهذا قال الشافعى، وقال مالك: ليس له وطؤها إلا برضا الولى، لأن ذلك ينقص اللبن.

ولنا: أن وطء الزوج مستحق بالعقد فلا يسقط بأمر مشكوك فيه، كما لو أذن الولى فيه ولأنه يجوز له الوطء مع إذن الولى فجاز مع عدمه، لأنه ليس للولى الإذن فيما يضر الصبى ويسقط حقوقه.

فصل: **وإن آجرت المرأة المزوجة نفسها للرضاع بإذن زوجها جاز ولزم العقد،** لأن الحق لهما ولا يخرج عنهما، وإن آجرتها بغير إذن الزوج لم يصح لما يتضمن من تفويت حق زوجها، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، والآخر يصح، لأنه تناول محلاً غير محل النكاح لكن للزوج فسخه، لأنه يفوت به الاستمتاع ويختل.

ولنا: أنه عقد يفوت به حق من ثبت له الحق بعقد سابق فلم يصح كإجارة المستأجر.

١٤٠٧- **مسألة:** قال: **(وعلى الأب أن يسترضع لولده إلا أن تشاء الأم أن ترضعه بأجرة مثلها فتكون أحق به من غيرها سواء كانت فى حبال الزوج أو مطلقة).**

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين:

أولهما: أن رضاع الولد على الأب وحده وليس له إجبار أمه على رضاعه دنيئة كانت أو

26- مسألة: **(ومتى امتنع السيد من الواجب عليه وطلب العبد البيع لزمه بيعه).**

وجملة ذلك: أن السيد إذا امتنع مما يجب للعبد عليه من نفقة أو كسوة أو تزويج فطلب العبد البيع أُجبر سيده عليه سواء كان امتناع السيد من ذلك لعجزه عنه أو مع قدرته عليه، لأن بقاء ملكه عليه مع الإخلال بسد خلاته إضرار به وإزالة الضرر واجبة فوجب إزالته وكذلك أبحنا للمرأة فسخ النكاح عند عجز زوجها عن الإنفاق عليها، وقد روى فى بعض الحديث عن النبى ﷺ أنه قال: «عبدك يقول: أطعمنى وإلا فبعنى، وامرأتك تقول: أطعمنى أو طلقنى»[II].

وهذا يدل بمفهومه على أن السيد متى وفى بحقوق عبده وطلب العبد بيعه لم يجبر السيد عليه، وقد روى أبو داود عن أحمد أنه قيل له: استباعت المملوكة وهو يكسوها مما يكتسى ويطعمها مما يأكل؟ قال: لا تباع وإن أكثرت من ذلك إلا أن تحتاج إلى زوج فتقول: زوجنى، وقال عطاء وإسحاق فى العبد يحسن إليه سيده وهو يستبيع، لا يبعه، لأن الملك للسيد والحق

---

(١٣) فى نسخة «هـ»: و «لا».

(II) أخرجه البخارى فى «الطلاق» (٩/ ح٥٣٥٥/ فتح) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٢٥٢).

شريفة سواء كانت فى حبال الـزوج أو مطلقة، ولا نعلم فى عدم إجبارها على ذلك إذا كانت مفارقـة خلافًا، فأما إن كـانت مع الزوج فكذلك عندنا وبه يقول الثورى والشافـعى وأصحاب الرأى، وقال ابن أبى ليلى والحسن بن صالح: له إجبـارها على رضاعهـا وهو قول أبى ثور ورواية عن مـالك لقوله تعـالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ (البقرة: ٢٣٣) والمشهور عن مالك أنها إن كانت شريفة لم تجر عادة مثلها بالرضاع لولدها لم تجبر عليه، وإن كانت ممن ترضع فى العادة أجبرت عليه.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾ (الطلاق: ٦) وإذا اختلفا فقد تعاسرا، ولأن الإجبار على الرضاع لا يخلو إمـا أن يكون لحق الولد أو لحق الزوج أو لهما، لا يجوز أن يكون لحق الزوج فإنه لا يملك إجبـارها على رضاع ولده من غيرها ولا على خدمتـه فيما يختص به، ولا يجوز أن يكون لحق الولد، فإن ذلك لو كان له للزمـها بعد الفرقة، ولأنه مما يلزم الوالد لولده فلزم الأب على الخصوص كـالنفقة أو كما بعد الفـرقة، ولا يجوز أن يكون لهما لأن ما لا مناسبة فيه لا يثبت الحكم بانـضمام بعضه إلى بعض، ولأنه لو كان لهما لثبت الحكم به بعد الفرقة، والآية محمولة على حال الإنفاق وعدم التعاسر.

الفـصل الثـانى: أن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلهـا فهى أحق به سواء كانت فى حال الزوجية أو بعدها وسواء وجـد الأب مرضعة متبرعة أو لم يجد، وقـال أصحاب الشافعى: إن

له فلا يجبر عـلى إزالته من غير ضرر بالعبـد، كما لا يجبر على طلاق زوجته مـع القيام بما يجب لها ولا على بيع بهيمته مع الإنفاق عليها.

27- مسألة: (وله تأديب رقيقه بما يؤدب به ولده وامرأته).

له تأديب عبـده وأمتـه إذا أذنبا بالتوبيـخ والضرب الخفـيف كما يـؤدب ولده وامرأته فى النشوز، وليس له ضربه على غير ذنب ولا أن يضـربه ضربًا مبرحًا، وإن أذنب، ولا لطمه فى وجهه، وقـد روى عن ابن مقرن المـزنى قال: لقد رأيتنى سابع سـبعة ما لنـا إلا خادم واحد فلطمها أحدنا فأمر النبى ﷺ بإعتاقـها، وروى عن أبى مسعود قال: كنت أضرب غلامًا لى وإذا رجل من خلفى يقول: اعلم أبا مسعود اعلم أبا مسـعود، فالتفت فإذا النبى ﷺ يقول: «اعلم أبا مسعود لله أقدر عليك منك على هذا الغلام»(12).

28- مسألة: (وللعبد التسرى بإذن سيده ولو ملكه سيده جارية لم يكن له التسرى بها إلا بإذنه).

هذا هو المنصوص عن أحمد فى رواية الجماعة، وهو قول ابن عمر وابن عباس والشعبى والنخعى والزهرى ومالك والأوزاعى وأبى ثور، وكره ذلك ابن سيـرين وحماد بن أبى سليمان

---

(12) أخـرجه مـسلم فى «الأيمان» (٣/ ٣٥/ ١٨٨١) وأبو داود فى «سـننه» (٥١٥٩) والترمـذى فى «سننه» (٤/ ١٩٤٨) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ١٢٠).

كانت فى حبـال الزوج فلزوجها منعها من إرضـاعه، لأنه يفوت حق الاستمـتاع بها فى بعض الأحيان، وإن استأجرها على رضاعه لم يجز، لأن المنافع حق له فلا يجوز أن يستأجر منها ما هو أو بعضه حق له، وإن أرضعت الولد فهل لها أجر المثل؟ على وجهين، وإن كانت مطلقة وطلبت أجر المـثل فأراد انتزاعه منهـا ليسلمه إلى من ترضـعه بأجر المثل أو أكـثر لم يكن له ذلك، وإن وجد متبـرعة أو من ترضعه بدون أجر المثل فله انتزاعـه منها فى ظاهر المذهب، لأنه لا يلزمه التزام المـؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها، وقال أبو حنيـفة: إن طلبت الأجر لم يلزم الأب بذله لها، ولا يسقط حقها من الحضانة، وتأتى المرضعة ترضعه عندها، لأنه أمكن الجمع بين الحقين فلم يجز الإخلال بأحدهما.

ولنا: على الأول ما تقدم وعلى جـواز الاستئجار أنه عقد إجـارة يجوز من غير الزوج إذا أذن فيه فجاز مع الزوج كـإجارة نفسها للخياطة أو الخدمـة، وقولهم: إن المنافع مملوكة له، غير صحيح، فإنه لو ملـك منفعة الحضانة لملك إجبارها عليها، ولم تجز إجـارة نفسها لغيره

والثورى وأصحاب الرأى، وللشـافعى فيه قولان مبنيان على أن العبـد هل يملك بتمليك سيده أو لا، وقال القاضى: يـجب أن يكون فى مذهب أحمد فى تسـرى العبد وجهان مـبنيان على الروايتين فى ثبوت الملك بـتمليك سيده، واحتج من منع ذلك بأن العـبد لا يملك المال ولا يجوز الوطء إلا في نـكاح أو تمليك يمين لقـول الله تعالى: ﴿إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِـهِمْ أَوْ مَـا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (٦) فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ (المؤمنون: ٦، ٧).

ولنا: قول ابن عمر وابن عـباس ولا نعرف لهما فى الصحـابة مخالفًا، وروى الأثرم عن ابن عمـر بإسناده أنه كان لا يرى بأسًا أن يتـسرى العبد، ونـحوه عن ابن عباس، ولأن العـبد يملك فى النكاح فملك التسرى كالحر، وقولهم: إن العبد لا يملك المال، ممنوع، فإن النبى ﷺ قال: «من باع عبدًا وله مـال» فجعل المال له، ولأنه آدمى فيملـك المال كالحر وذلك لأنه بآدميتـه يتمهد لأهلية الملك إذ كان الله تعـالى خلق الأموال للآدميين ليستـعينوا بها على القيـام بوظائف التكاليف وأداء العبادات، قـال الله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَـمِيعًا﴾ (البـقرة: ٢٩) والعبد داخل فى العموم ومن أهل التكاليف والعبادات فيكون أهلاً للملك وكذلك الملك فى النكاح، وإذا ثبت الملك للجنين مع كونه نطفة لا حياة فيها باعتبار مآله إلى الآدمية فللعبد الذى هو آدمى مكلف أولى.

ولا يجوز له التسرى إلا بإذن سيـده، ولو ملكه سيده جارية لم يكن له وطؤها حتى يأذن له فيه، لأن ملكه ناقص ولسيده نزعه منه متى شـاء من غير فسخ تم فلم يكن له التصرف فيه إلا بإذن سيده، فإن أذن له فقال: تسـراها، أو أذنت لك فى وطئها، أو ما دل عليه، أبيح له، وما ولدته من التسرى فحكمه حـكم ملكه، لأن الجارية مملوكة له فكذلك ولدها، وإن تسرى بغير إذن سيده قالوا: ملك لسيده.

بإذنه ولكانت الأجرة له، وإنما امتنعت إجارة نفسها لأجنبى بغير إذنه لما فيه من تفويت الاستمتاع فى بعض الأوقات، ولهذا جازت بإذنه وإذا استأجرها فقد أذن لها فى إجارة نفسها فصح كما يصح من الأجنبى، وأما الدليل على وجوب تقديم الأم إذا طلبت أجر مثلها على المتبرعة فقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: ٢٣٣) وقوله سبحانه: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦) ولأن الأم أحنى وأشفق ولبنها أمرأ من لبن غيرها فكانت أحق به من غيرها كما لو طلبت الأجنبية رضاعه بأجر مثلها، ولأن فى رضاع غيرها تفويتًا لحق الأم من الحضانة وإضرارًا بالولد لا يجوز تفويت حق الحضانة الواجب والإضرار بالولد لغرض إسقاط

فصل: وإذا أذن له السيد فى أكثر من واحدة فله التسرى بما شاء، نص عليه أحمد، لأن من جاز له التسرى جاز له بغير حصر كالحر، وإن أذن له وأطلق فله التسرى واحدة، وكذلك إذا أذن له فى التزويج ولم يجز أن يتزوج أكثر فى واحدة، وبهذا قال أصحاب الرأى، وقال أبو ثور: إذا أذن له فى التزويج فعقد على اثنتين فى عقد جاز.

ولنا: أن الإذن المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم يقينًا وما زاد مشكوك فيه فيبقى على الأصل كما لو أذن له فى طلاق امرأته لم يكن له أن يطلق أكثر من طلقة، ولأن الزائد عن الواحدة يحتمل أن يكون غير مراد فيبقى على أصل التحريم كما لو شك فى أصل الإذن.

فصل: نقل محمد بن ماهان عن أحمد: **لا بأس للعبد أن يتسرى إذا أذن له سيده، فإن رجع السيد فليس له أن يرجع إذا أذن له مرة وتسرى،** وكذلك نقل عنه إبراهيم بن هانئ ويعقوب بن بختان، ولم أر عنه خلاف هذا، فظاهره أنه إذا تسرى بإذن السيد لم يملك السيد الرجوع، لأنه يملك به البضع فلم يملك سيده فسخه قياسًا على النكاح، وقال القاضى: يحتمل أنه أراد بالتسرى ههنا التزويج وسماه تسريًا مجازًا ويكون للسيد الرجوع فيما ملك عبده، وظاهر كلام أحمد بخلاف هذا، وذلك لأنه ملكه بضعًا أبيح له وطؤه فلم يملك رجوعه فيه كما لو زوجه.

فصل: وعليه إطعام بهائمه وسقيها والقيام بها والإنفاق عليها وما تحتاج إليه من علفها وسقيها أو إقامة من يرعاها لما روى ابن عمر أن النبى ﷺ قال: «عذبت امرأة فى هرة حبستها حتى ماتت جوعًا فلا هى أطعمتها ولا هى أرسلتها تأكل من خشاش الأرض» متفق عليه[13].

29- مسألة: (ولا يحملها ما لا تطيق).

لأنها فى معنى العبد وقد منع النبى ﷺ تكليف العبد ما لا يطيق[14]، ولأن فيه تعذيب

---

(13) أخرجه البخارى (٦/ ح٣٣١٨) ومسلم (٤/ السلام/ ١٧٦٠).

(14) أخرجه مسلم فى كتاب «الأيمان» (٣/ ١٢٨٣) من حديث أبى هريرة ﷺ.

حق أوجبه الله تعالى على الأب، وقول أبى حنيفة يفضى إلى تفويت حق الولد من لبن أمه وتفويت الأم فى إرضاعه لبنها فلم يجز ذلك كما لو تبرعت برضاعه، فأما إن طلبت الأم أكثر من أجر مثلها ووجد الأب من ترضعه بأجر مثلها أو متبرعة جاز انتزاعه منها، لأنها أسقطت حقها باشتطاطها وطلبها ما ليس لها فدخلت فى عموم قوله: ﴿فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾ وإن لم يجد مرضعة إلا بمثل تلك الأجرة فالأم أحق، لأنهما تساوتا فى الأجر فكانت الأم أحق كما لو طلبت كل واحدة منهما أجر مثلها.

فصل: وإن طلبت ذات الزوج الأجنبى إرضاع ولدها بأجرة مثلها بإذن زوجها ثبت حقها وكانت أحق به من غيرها، لأنه الأم إنما منعت من الإرضاع لحق الزوج، فإذا أذن فيه زال المانع فصارت كغير ذات الزوج، وإن منعها الزوج سقط حقها لتعذر وصولها إلى ذلك.

فصل: وإن أرضعت المرأة ولدها وهى في حبال والده فاحتاجت إلى زيادة نفقة لزمه لقول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: ٢٣٣) ولأنها تستحق عليه قدر كفايتها، فإذا زادت حاجتها زادت كفايتها، والله أعلم.

الحيوان الذى له حرمة فى نفسه، ولا يحلب من لبنها ما يضر بولدها، لأن كفايته واجبة على مالكه، ولبن أمه مخلوق له فأشبه ولد الأمة، فإن امتنع عن الإنفاق عليها أجبر على ذلك فإن أبى أو عجز أجبر على بيعها أو ذبحها إن كانت مما تذبح، وقال أبو حنيفة: لا يجبره السلطان بل يأمره به كما يأمره بالمعروف وينهاه عن المنكر، لأن البهيمة لا يثبت لها حق من جهة الحكم ألا ترى أنه لا يصح منها الدعوى ولا ينصب عنها خصم فصارت كالزروع والشجر.

ولنا: أنها نفقة حيوان واجبة عليه فكان للسلطان إجباره عليها كنفقة العبد، فإن عجز عن الإنفاق وامتنع من البيع بيعت عليه كما يباع العبد إذا طلب البيع عند إعسار سيده بنفقته وكما يفسخ نكاحه إذا أعسر بنفقة امرأته، فإن عطبت البهيمة فلم ينتفع بها، فإن كانت مما لا يؤكل أجبر على الإنفاق عليها كالعبد الزمن، وإن كانت مما يؤكل خير بين ذبحها والإنفاق عليها على ما ذكرناه.

باب نفقة المماليك

١٤٠٨- **مسألة:** قال رحمه الله: **(وعلى ملاك المملوكين أن ينفقوا عليهم ويكسوهم بالمعروف)**.

وجملة ذلك: أن نفقة المملوكين على ملاكهم ثابتة بالسنة والإجماع: أما السنة: فما روى أبو ذر عن النبى ﷺ أنه قال: «إخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فإن كلفتموهم فأعينوهم» متفق عليه(١).

وروى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال: «للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ولا يكلف من العمل ما لا يطيق»(٢) رواه الشافعى فى مسنده، وأجمع العلماء على وجوب نفقة المملوك على سيده، ولأنه لا بد له من نفقة، ومنافعه لسيده وهو أخص الناس به فوجبت نفقته عليه كبهيمته، والواجب من ذلك قدر كفايته من غالب قوت البلد سواء كان قوت سيده أو دونه أو فوقه وأدم مثله بالمعروف لقوله ﷺ: «للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف» والمستحب أن يطعمه من جنس طعامه لقوله: «فليطعمه مما يأكل» فجمعنا بين الخبرين وحملنا خبر أبى هريرة على الإجزاء وحديث خبر أبى ذر على الاستحباب، والسيد مخير بين أن يجعل نفقته من كسبه إن كان له كسب وبين أن ينفق عليه من ماله ويأخذ كسبه أو يجعله برسم خدمته، لأن الكل ماله، فإن جعل نفقته فى كسبه فكانت وفق الكسب صرفه إليها، وإن فضل من الكسب شىء فهو لسيده، وإن كان فيه عوز فعلى سيده تمامها، وأما الكسوة فبالمعروف من غالب الكسوة لأمثال العبد فى ذلك البلد الذى هو به، والأولى أن يلبسه من لباسه لقوله ﷺ: «وليلبسه مما يلبس» ويستحب أن يساوى بين عبيده الذكور فى الكسوة والإطعام وبين إمائه إن كن للخدمة أو الاستمتاع، وإن كان فيهن من هو للخدمة وفيهن من هو للاستمتاع فلا بأس بزيادة من يزيدها للاستمتاع فى الكسوة، لأن ذلك حكم العرف ولأن غرضه تجميل من يريدها للاستمتاع بخلاف الخادمة.

فصل: إذا تولى أحدهم طعامه استحب له أن يجلسه معه فيأكل، فإن لم يفعل استحب أن يطعمه منه ولو لقمة أو لقمتين، لما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال: «إذا كفى أحدكم خادمه طعامه حره ودخانه فليدعه وليجلسه فإن أبى فليروِّغ له اللقمة واللقمتين» رواه

---

(١) أخرجه البخارى فى كتاب «الأيمان» (١/ ح٣٠/ فتح) ومسلم فى «الأيمان» (٣/ ٤٠/ ١٢٨٣) وأبو داود فى «الأدب» (٤/ ح٥١٥٨) وابن ماجه فى «سننه» (٢/ ح٣٦٩٠) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ١٦١).

(٢) أخرجه مسلم فى كتاب «الأيمان» (٣/ ٤١/ ١٢٨٣) ومالك فى «الموطأ» (٢/ ٩٨٠) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٢٤٧، ٣٤٢).

البـخـارى[٣]، ومعنى ترويغ اللقمة غـمسها فى المرق والدسم وترويتها بذلك ويدفـعها إليه، ولأنه يشتهيه لحضوره فـيه وتوليه إياه، وقد قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُوْلُوا الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُم مِّنْهُ﴾ (النســاء: ٨) ولأن نفس الحاضـر تتوق مـا لا تتوق نفس الغائب.

فـصـل: ولا يكلفــه[٤] من العمل مـا لا يطيق وهو ما يشق عليه ويقرب من العـجز عنه لحديث أبى ذر، ولأن ذلك يضر به ويؤذيه وهو ممنوع من الإضرار به.

فـصـل: ولا يجبر المملـوك على المخارجة ومعناه أن يضرب عليه خراجًا معلومًا يؤديه وما فضل للعبد، لأن ذلك عقد بينهما فـلا يجبر عليه كالكتابة، وإن طلب العبد ذلك وأباه لم يجبر عليه أيضًا، فإن اتفقا على ذلك جاز لما روى أن أبا ظبية حجم النبى ﷺ فأعطاه أجره وأمر مواليـه أن يخففوا عنـه من خراجه[٥]، وكان كثـير من الصحابة يضربون على رقـيقهم خراجًا، فروى أن الزبير كان له ألف مملوك على كل واحد منهم كل يوم درهم[٦]، وجاء أبو لؤلؤة أمـير المـؤمنين عمـر بن الخطاب فسـأله أن يسأل المـغيـرة بن شعـبة يخـفف عنه من خـراجــه[٧]، ثم ينتظر، فإن كان ذا كـسب يجعل عليه بقدر مـا يفضل من كسبه عن نفـقته وخراجه شىء جـاز، فإن لهما به نفعًا فـإن العبد يحرص على الكسب وربما فـضل معه شىء يزيده فى نفقته ويتسع به، وإن وضع عليه أكثر من كـسبه بعد نفقته لم يجز، وكذلك إن كلف من لا كسب لـه المخارجـة لم يجز لمـا روى عن عثمـان رضي الله عنه أنه قال: لا تكلفـوا الصغـير الكسب فإنكم متى تكلفـوه الكسب سرق، ولا تكلفوا المرأة غيـر ذات الصنعة الكسب فإنكم متى كلفتموها الكسب كـسبت بفرجها[٨]، ولأنه متى كلف غير ذى الكسب خـراجًا كلفه ما يغلبه، وقد قال النبى ﷺ: «لا تكلفوهم مـا يغلبهم» وربما حمله ذلك على أن يأتى به من غير وجهه فلم يكن للسيد أخذه.

فـصـل: وإذا مرض المملوك أو زَمِنَ أو عمى أو انقطع كسبه فعلى سيده القيام به والإنفاق عليه، لأن نفقته تجب بالملك، ولهذا تجب مع الصغر والملك باق مع العمى والزمانة فتجب نفقته مع عموم النصوص المذكورة فى أول الباب.

---

(٣) أخرجـه الترمـذى فى «سننه» (٤/ ح١٨٥٣) وأبو داود فى «الأطعـمة» (٣/ ح٣٨٤٦) وابن مـاجه (٢/ ٣٢٨٩) وتقدم مستوفيًا برقم (٥) من كتاب الشرح.

(٤) فى بعض النسخ: ولا يجوز أن يكلفه.

(٥) تقدم برقم (٥٥) مسألة رقم (٩١٢).

(٦) أخرجه أبو نعيم فى «حلية الأولياء» (١/ ٩٠).

(٧) انظر الطبقات الكبرى «لابن سعد» (٣/ ٣٤٥).

(٨) أخرجه مالك فى «موطئه» (٢/ ٩٨١) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٩) وقال: ورفعه ضعيف.

١٤٠٩- **مسألة:** قال: (**وأن يزوج المملوك إذا احتاج إلى ذلك**).

وجملة ذلك: أنه يجب على السيد إعفاف مملوكه إذا طلب ذلك، وهو أحد قولي الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك: لا يجبر عليه، لأن فيه ضررًا عليه وليس مما تقوم به البنية فلم يجبر عليه كإطعام الحلواء.

ولنا قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ (النور: ٣٢) والأمر يقتضي الوجوب ولا يجب إلا عند الطلب، وروى عن عكرمة عن ابن عباس قال: من كانت له جارية فلم يزوجها ولم يصبها أو عبد فلم يزوجه فما صنعا من شيء كان على السيد، ولولا وجوب إعفافهما لما لحق السيد الإثم بفعلهما، ولأنه مكلف محجور عليه دعى إلى تزويجه فلزمته إجابته كالمحجور عليه للسفه، ولأن النكاح مما تدعو إليه الحاجة غالبًا ويتضرر بفواته فأجبر عليه كالنفقة بخلاف الحلواء، إذا ثبت هذا فالسيد مخير بين تزويجه أو تمليكه أمة يتسراها، وله أن يزوجه أمته، لأن نكاح الأمة مباح للعبد من غير شرط ولا يجب تزويجه إلا[٩] عند الطلب، لأن هذا مما يختلف الناس فيه وفي الحاجة إليه ولا تعلم حاجته إلا بطلبه ولا يجوز تزويجه إلا باختياره، فإن إجبار العبد الكبير على النكاح غير جائز، فأما الأمة فالسيد مخير بين تزويجها إذا طلبت ذلك وبين أن يستمتع بها فيغنيها باستمتاعه عن غيره، لأن المقصود قضاء الحاجة وإزالة ضرر الشهوة وذلك يحصل بأحدهما فلم يتعين أحدهما.

فصل: **وإذا كان للعبد زوجة فعلى سيده تمكينه من الاستمتاع بها ليلاً**، لأن إذنه في النكاح إذن في الاستمتاع المعتاد، والعادة جارية بذلك ليلاً وعليه نفقة زوجته على ما قدمنا.

١٤١٠- **مسألة:** قال: (**فإن امتنع أجبر على بيعه إذا طلب المملوك ذلك**).

وجملته: أن السيد إذا امتنع مما يجب للعبد عليه من نفقة أو كسوة أو تزويج فطلب العبد البيع أجبر سيده عليه سواء كان امتناع السيد من ذلك لعجزه عنه أو مع قدرته عليه، لأن بقاء ملكه عليه مع الإخلال بسد خلاته إضرار به وإزالة الضرر واجبة فوجبت إزالته، ولذلك أبحنا للمرأة فسخ النكاح عند عجز زوجها عن الإنفاق عليها.

وقد روى في بعض الحديث عن النبي ﷺ أنه قال: «عبدك يقول: أطعمني وإلا فبعني، وامرأتك تقول: أطعمني أو طلقني»[١٠] وهذا يدل بمفهومه على أن السيد متى وفى بحقوق عبده فطلب العبد بيعه لم يجبر السيد عليه، وقد نص عليه أحمد، قال أبو داود: قيل لأبي عبد الله رحمه الله استباعت المملوكة وهو يكسوها مما يلبس ويطعمها مما يأكل؟ قال: لا تباع وإن أكثرت من ذلك إلا أن تحتاج إلى زوج فتقول: زوجني، وقال عطاء وإسحاق في

---

(٩) سقط من المطبوعة، وأثبتناه من «هـ».

(١٠) أخرجه البخاري في كتاب «الطلاق» (٩/ ح٥٣٥٥/ فتح) وأحمد في «مسنده» (٢/ ٢٥٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

العبد يحسن إليه سيده وهو يستبيع: لا يبعه، لأن الملك للسيد والحق له فلا يجبر على إزالته من غير ضرر بالعبد كما لا يجبر على طلاق زوجته مع القيام بما يجب لها ولا على بيع بهيمته مع الإنفاق عليها.

١٤١١- مسألة: قال: **(وليس عليه نفقة مكاتبه إلا أن يعجز).**

لا خلاف فى أن المكاتب لا تلزم سيده نفقته، لأن الكتابة عقد أوجب ملك المكاتب إكساب نفسه ومنافعه ومنع السيد من التصرف فيهما فلا يملك استخدامه ولا إجارته ولا إعارته ولا أخذ كسبه ولا أرش الجناية عليه ولا يلزمه أداء أرش جنايته فسقطت نفقته عنه كما لو باعه أو أعتقه، فإذا عجز عاد رقيقًا قنّا وعاد إليه ملك نفعه وإكسابه فعادت عليه نفقته كما لو اشتراه بعد بيعه.

١٤١٢- مسألة: قال: **(وليس له أن يسترضع الأمة لغير ولدها إلا أن يكون فيها فضل عن ريه).**

أما إذا أراد استرضاع أمته لغير ولدها مع كونه لا يفضل عنه فليس له ذلك، لأن فيه إضرارًا بولدها لنقصه من كفايته وصرف اللبن المخلوق لولدها إلى غيره مع حاجته إليه فلم يجز كما لو أراد أن ينقص الكبير من كفايته ومؤنته، فإن كان فيها فضل عن رى ولدها جاز، لأنه ملكه وقد استغنى عنه الولد فكان له استيفاؤه كالفاضل من كسبها عن مؤنتها وكما لو مات ولدها وبقى لبنها.

١٤١٣- مسألة: قال: **(وإذا رهن المملوك أنفق عليه سيده).**

وذلك لقول النبى ﷺ: «الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه[(١١)] ونفقته من غرمه» ولأنه ملك الراهن ونماؤه له فكانت عليه نفقته كغير الرهن، وقد ذكرت هذه المسألة فى باب الرهن[(١٢)].

١٤١٤- مسألة: قال: **(وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه).**

إنما كان كذلك لأن نفقة العبد على سيده، وقد قام الذى جاء به مقام سيده فى الواجب عليه فرجع به عليه كما لو أذن له، وقال الشافعى: لا يرجع بشىء لأنه، متبرع بإنفاق لم يجب عليه.

ولنا: أنه أدى عنه ما وجب عليه عند تعذر أدائه منه فرجع به عليه كما لو أدى الحاكم عن الممتنع من الإنفاق على امرأته ما يجب عليه من النفقة، ويتخرج أن لا يرجع بشىء بناء على الرواية الأخرى فيمن أنفق على الرهن الذى عنده أو الوديعة أو الجمال إذا هرب الجمال فتركها مع المستأجر.

---

(١١) تقدم تخريجه برقم (١٤) فى المسألة رقم (٧٩٤).

(١٢) انظرها فى المسألة رقم (٧٩٤/ ص٥١٠، ٥١١).

فصل: وله تأديب عبده وأمته إذا أذنبا بالتوبيخ والضرب الخفيف كما يؤدب ولده وامرأته فى النشوز، وليس له ضربه على غير ذنب، ولا ضربه ضربًا مبرحًا وإن أذنب، ولا لطمه فى وجهه، وقد روى عن ابن مقرن المزنى قال: لقد رأيتنى سابع سبعة ليس لنا إلا خادم واحد فلطمها أحدنا فأمرنا النبى ﷺ بإعتاقها فأعتقناها(١٣)، وروى عن أبى مسعود قال: كنت أضرب غلامًا لى فإذا رجل من خلفى يقول: «اعلم أبا مسعود، اعلم أبا مسعود» فالتفت فإذا النبى ﷺ يقول: «اعلم أبا مسعود أن الله أقدر عليك منك على هذا الغلام»(١٤).

فصل: ومن ملك بهيمة لزمه القيام بها والإنفاق عليها ما تحتاج إليه من علفها أو إقامة من يرعاها لما روى ابن عمر أن النبى ﷺ قال: «عذبت امرأة فى هرة حبستها حتى ماتت جوعًا، فلا هى أطعمتها ولا أرسلتها تأكل من خشاش الأرض» متفق عليه(١٥)، فإن امتنع من الإنفاق عليها أجبر على ذلك، فإن أبى أو عجز أجبر على بيعها أو ذبحها إن كانت مما يذبح، وقال أبو حنيفة: لا يجبره السلطان بل يأمره به كما يأمره بالمعروف وينهاه عن المنكر، لأن البهيمة لا يثبت لها حق من جهة الحكم، ألا ترى أنه لا تصح منها الخصومة ولا ينصب عليها خصم فصارت كالزرع والشجر.

ولنا: أنها نفقة حيوان واجبة عليه فكان للسلطان إجباره عليها كنفقة العبيد، ويفارق نفقة الشجر والزرع فإنها لا تجب، فإن عجز عن الإنفاق وامتنع من البيع بيعت عليه كما يباع العبد إذا طلب البيع عند إعسار سيده بنفقته وكما يفسخ نكاحه إذا أعسر بنفقة امرأته وإن عطبت البهيمة فلم ينتفع بها، فإن كانت مما يؤكل خير بين ذبحها والإنفاق عليها، وإن كانت مما لا يؤكل أجبر على الإنفاق عليها كالعبد الزمن على ما ذكرناه فيما مضى، ولا يجوز أن يحمل البهيمة ما لا تطيق لأنها فى معنى العبد، وقد منع النبى ﷺ تكليف العبد ما لا يطيق(١٦)، ولأن فيه تعذيبًا للحيوان الذى له حرمة فى نفسه وإضرارًا به وذلك غير جائز، ولا يحلب من لبنها إلا ما يفضل عن كفاية ولدها، لأنه كفايته واجبة على مالكه ولبن أمه مخلوق له فأشبه ولد الأمة.

---

(١٣) أخرجه مسلم فى كتاب «الأيمان» (٣/ ٣١/ ١٢٧٩) وأبو داود فى «سننه» (٤/ ٥١٦٧) والترمذى (٤/ ١٥٤٢) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٤٤٧).

(١٤) أخرجه مسلم فى «الأيمان» (٣/ ٣٥/ ١٨٨١) وأبو داود (٤/ ٥١٥٩) والترمذى (٤/ ١٩٤٨) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ١٢٠).

(١٥) أخرجه البخارى فى كتاب «الأنبياء» (٦/ ح٣٣١٨/ فتح) (٤/ بر وصلة/ ١٣٣/ ٢٠٢٢).

خشاش الأرض: هى هوام الأرض وحشراتها.

(١٦) تقدم برقم (٢) مسألة رقم (١٤٠٨).

كتاب الجراح

يعنى كتاب الجنايات، وإنما عبر عنها بالجراح لغلبة وقوعها به، والجناية كل فعل عدوان على نفس أو مال لكنهـا فى العرف مخصـوصة بما يحصل فـيه التعدى على الأبـدان، وسمو الجنايات على الأموال غصبًا ونهبًا وسرقة وخيانة وإتلافًا.

فـــصل: وأجمع المـسلمون على تحريم القتـل بغير حق والأصل فيـه الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾ (الإسراء: ٣٣) وقال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلاَّ خَطَئًا﴾ (النساء: ٩٢) وقال: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ﴾ (النساء: ٩٣) الآية.

وأما السنة: فـروى عبد الله بن مسعـود قال: قال رسول الله: «لا يحل دم امـرىء مسلم يشـهد أن لا إله إلا الله وأنى رسـول الله إلا بإحـدى ثلاث: الثيب الـزانى، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة» متفق عليه[(١)]، وروى عثمان وعائشة عن النبى ﷺ مثله فى آى وأخبار سوى هذه كـثيرة، ولا خلاف بين الأمة فى تحريـمه فإن فعله إنسان متـعمدًا فسق وأمره إلى الله إن شاء عذبه وإن شاء غفر له وتوبته مـقبولة فى قول أكثر أهل العلم، وقال ابن عبـاس إن توبته لا تقـبل[(٢)]، للآية التى ذكرناها وهى مـن آخر ما نزل، قال ابن عـباس ولم

كتاب الجنايات

الجنايات كل فعل عدوان على نفس أو مـال لكنها فى العرف مخصوصة بمـا يحصل فيه التعـدى على الأبدان، وسمـوا الجنايات على الأموال غـصبًا ونهـبًا وسرقـة وخيـانة وإتلافًا، وأجمع المسلمون علـى تحريم القتل بغير حق والأصل الكتاب والسنة والإجـماع، أما الكتاب فـقـول الله تعـالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾ ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلاَّ خَطَئًا﴾ وقال: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ﴾ الآية، وأما السنة: فروى عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مـسلم يشهـد أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثـيب الزانى والنفس بالنفس والتارك لدينه المـفارق للجماعة» مـتفق عليه، وروى عثمـان وعائشة عن النبى ﷺ

---

(١) تقدم برقم (١) مسألة رقم (٣٢٩).

(٢) أخرجه البخارى فى كتاب «التفسير» (٨/ ح ٤٥٩٠/ فتح) ومسلم فى «التفسير» (٤/ ١٨/ ٢٣١٧) وأبو داود فى «الفـتن والمـلاحم» (٤/ ح٤٢٧٥) والنسـائى فى «سننه» (٧/ ح٤٠١٦) وابن مـاجـه (٢/ ح٢٦٢١) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ١٥، ١٦).

ينسخها شيء، ولأن لفظ الآية لـفظ الخبر والأخبار لا يدخلها نسخ ولا تغـيير، لأن خبر الله تعالى لا يكون إلا صدقًا.

ولـنـا: قـول الله تعــالـى: ﴿إِنَّ اللَّهَ لا يَغْفِرُ أَن يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَن يَشَاءُ﴾ (النساء: ٤٨) فجعله داخلاً في المشيئة، وقال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ جَمِيعًا﴾ (الزمر: ٥٣) وفي الحديث عن النبي ﷺ قال: «إن رجلاً قـتل مائة رجل ظلمًا ثم سأل هل له من توبة؟ فدل على عـالم فسأله فـقال: ومن يحول بينك وبيـن التوبة ولكن اخرج من قـرية السوء إلى القرية الصالحة فاعبـد الله فيها، فخرج تائبًا فأدركه الموت في الطريق فاخـتصمت فيه ملائكة الرحمة ومـلائكة العذاب فبعث الله إليهم مـلكًا فقال: قيسـوا ما بين القريتين فإلى أيهـما كان أقرب فاجعلوه من أهلها، فوجدوه أقرب إلى القرية الصالحة بشبر فجعلوه من أهلها»(٣) ولأن التوبة تصح من الكفر فمن القتل أولى، والآية محمولة على من لم يتب أو على أن هذا جزاؤه إن جـازاه، وله العفـو إذا شاء، وقـوله: لا يدخلها النسخ، قـلنا: لكن يدخلها التـخصـيص والتأويل.

١٤١٥- مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: **(والقتل على ثلاثة أوجه: عمد وشبه العمد وخطأ)**.

مثله في آي وأخبار كثيرة، ولا خلاف بين الأمة في تحريمه فإن فعله إنسان متعمدًا فَسَقَ وأمره إلى الله إن شاء عذبه وإن شاء غفر له وتوبته مقبولة في قول أكثر أهل العلم، وقال ابن عباس: لا تقبل توبته للآية التي ذكرناها وهي من آخـر ما نزل ولم ينسخها شيء، ولأن لفظ الآية لفظ الخبر والأخبار لا يدخلها نسخ ولا تغيير، لأن خبر الله تعالى لا يكون إلا صدقًا.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ لا يَغْفِرُ أَن يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَن يَشَاءُ﴾ فجعله داخلاً في المـشيئة، وقـال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ جَمِيعًا﴾ وفي الحـديـث عن النبي ﷺ: «إن رجلاً قتل مائة رجل ظلمًا ثم سأل هل له من توبة؟ فـدل على عالم فسأله فقال: ومن يحول بينك وبين التوبة ولكن اخرج من قرية السوء إلى القرية الصـالحة فاعبد الله فيها، فخرج تائبًا فأدركه الموت في الطريق فاختصـمت فيه ملائكة الرحمة وملائكة العذاب، فبعث الله عز وجل ملكًا فقال: قيسوا ما بين القريتيـن فإلى أيهما أقرب فاجعلوه من أهلها، فوجدوه أقرب إلى القرية الصالحة بشبر فجـعلوه من أهلها» أخرجه مسلم، ولأن التوبة تصح من الكفر فمن القـتل أولى، والآية محمولة على من قـتله مستحـلاً ولم يتب أو على أن هذا جزاؤه إن جازاه الله وله العفو إن شاء، وقوله: لا يدخلها النسخ، قلنا: يدخلها التخصيص والتأويل.

30- مـسـألة: (والقتل على أربعـة أضرب: عمد وشبـه عمد وخطأ وما أجـرى مجرى الخطأ).

---

(٣) أخرجـه البخاري في «الأنبـياء» (٦/ ح٣٤٧٠/ فتح) ومسـلم (٤/ توبة/ ٤٦/ ٢١١٨) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

أكثر أهل العلم يرون القــتل منقسمًا إلى هذه الأقسام الثـلاثة، روى ذلك عن عمر وعلى وبه قال الشـعبى والنخعى وقتـادة وحماد وأهل العـراق والثورى والشافعى وأصـحاب الرأى، وأنكر مالك شبه العمد وقال: ليس فى كتاب الله إلا العمد والخطأ، فأما شبه العمد فلا يعمل به عندنا، وجعله من قسم العـمد وحكى عنه مثل قول الجماعة، وهو الصـواب لما روى عبد الله بن عمـرو بن العاص أن رسـول الله ﷺ قال: «ألا إن ديةَ الخطأ شـبه العـمد مـا كان بالسوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون فى بطونها أولادها» رواه أبو داود وفى لفظ: «قتيل خطأ العمد»(٤) وهذا نص يقدم على ما ذكره وقسمه أبو الخطاب أربعة أقسام فزاد قسمًا رابعًا، وهو ما أجـرى مجرى الخطأ نحـو أن ينقلب نائم على شخص فـيقتله أو يقـع عليه من علو، والقتل بالسبب كـحفر البئر ونصل السكـين وقتل غير المكلف أجرى مـجرى الخطأ وإن كان عمدًا، وهذه الصورة التى ذكرها عند الأكثرين من قسم الخطأ فـإن صاحبها لم يعمد الفعل أو عمـده وليس هو من أهل القصد الصحـيح فسمـوه خطأ فأعطوه حكمه، وقد صـرح الخرقى بذلك فقال فى الصبى والمجنون: عمدهما خطأ.

١٤١٦- مسألة: قال: **(العمد ما ضربه بحديدة أو خشبة كبيرة فوق عمود الفسطاط أو حجر كبير الغالب أن يقتل مثله أو أعاد الضرب بـخشبة صغيرة أو فعل به فعلاً الغالب من ذلك الفعل أنه يتلف).**

أكثر أهل العلم يرون القتل منقسمًا إلى عمد وشبه عمد وخطأ، روى ذلك عن عمر وعلى وبه قال الشـعبى والنخعى وقتـادة وحماد وأهل العـراق والثورى والشافعى وأصـحاب الرأى، وأنكر مالك شبه العمد وقال: ليس فى كتاب الله إلا العـمد والخطأ، أما شبه العمد فلا يعمل به عندنا، وجعله من قسم العـمد، وحكى عنه مثل قول الجماعة وهو الصـواب لما روى عبد الله بن عمـرو أن رسول الله ﷺ قـال: «ألا إن فى دية الخطأ شبـه العمـد ما كان بـالسوط والعصى مائة من الإبل منها أربعـون فى بطونها أولادها» رواه أبو داود، وفى لفظ: «قتيل خطأ العمد» وهذا نص يقدم على ما ذكره وقسمه شـيخنا فى هذا الكتاب أربعة أقسام فزاد ما أجرى مجرى الخطأ على مـا ذكرناه، وكذلك قسمـه أبو الخطاب وهو أن ينقلب النائم على شخص فيقتله، ومن يقتل بـالسبب كحفر البئر ونحوه، وكذلك قـتل غير المكلف، وهذه الصور عند الأكثرين من قسم الخطأ أعطوه حكمه.

31- مـسـألة: **(والعمد أن يقتله بما يغلب على الظن موته به عالـمًا بكونه آدميًا معصومًا وهو تسعة أقسام).**

أحـــدها: أن يخرجه بمـا له مور فى البدن من حديد أو غيره مـثل أن يجرحه بسكين أو

---

(٤) أخرجه أبو داود فـى «سننه» (٤/ ح٤٥٤٧) والنسائى فى «القسامـة» (٨/ ٤٠، ٤٢) وفى بعض ألفاظه قتيل خطأ العمد، وابن ماجه (٢/ ح٢٦٢٧) بلفظ: قتل الخطأ شبه العمد. . .

وجملة ذلك أن العمد نوعان:

أحدهما: أن يضربه بمحدد وهو ما يقطع ويدخل فى البدن كالسيف والسكين والسنان وما فى معناه مما يحدد فيجرح من الحديد والنحاس والرصاص والذهب والفضة والزجاج والحجر والقصب والخشب فهـذا كله إذا جرح به جرحًا كبيـرًا فمات فهو قتل عمـد لا خلاف فيه بين العلماء فـيما علمناه، فأمـا إن جرحه جرحًـا صغيرًا كشـرطة الحجام أو غرزة بـإبرة أو شوكة نظرت، فإن كان فى مـقتل كالعين والفؤاد والخـاصرة والصدغ وأصل الأذن فمات فهـو عمد أيضًا، لأن الإصابة بذلك فى المقـتل كالجرح بالسكين فى غير المقتل وإن كان فـى غير مقتل نظرت، فإن كـان قد بالغ فى إدخـالها فى البدن فـهو كـالجرح الكبيـر، لأن هذا يشتـد ألمه ويفضى إلى القتل كالكبير، وإن كان الغور يسيرًا أو جرحه بالكبير جرحًا لطيفًا كشرطة الحجام فما دونها فقـال أصحابنا: إن بقى من ذلك ضمنًا حتى مات ففـيه القود، لأن الظاهر أنه مات منه، وإن مات فى الحال ففيه وجهان: **أحدهما:** لا قصاص فيه، قاله ابن حامد، لأن الظاهر أنه لم يمت منه، ولأنه لا يقتل غـالبًا فأشبـه العصا والسوط، والتعليـل الأول أجود، لأنه لما احتمل حصول الـموت بغيره ظاهرًا كان ذلك شبهة فى درء القـصاص ولو كانت العلة كونه لا يحصل به القتل غالبًا لم يفترق الحال بين موته فى الحال وموته متراخيًا عنه كسائر ما لا يجب به القصاص، **والثانى:** فيه القصاص، لأن المحدد لا يعتبر فيه غلبة الظن فى حصول القتل به بدليل ما لو قطع شحـمة أذنه، أو قطع أنملته، ولأنه لما لم يمكن إدارة الحـكم وضبطه بغلبة الظن وجب ربطه بكونه محددًا ولا يعتبر ظهور الحكم فى آحاد صورة المظنة بل يكفى احتمال الحكمة، ولذلك ثبت الحـكم به فيما إذا بقى ضـمنًا مع أن العمد لا يخـتلف مع اتحاد الآلة والفعل بسرعة الإفضاء وإبطائه، ولأن فى البدن مقاتل خـفية وهذا له سراية مَوْرٌ فأشبه الجرح

يغرزه بمـسلة أو ما فى مـعناه ممـا يحدد ويجـرح من الحديد والنحاس والـرصاص والذهب والفضة والزجاج والحجر والخشب والقصب والعظم فهـذا كله إذا جرح به جرحًا كبيرًا فمات فهو قتل عمد لا اخـتلاف فيه بين العلماء، وإن جرحه جرحًا صغيرًا فى غـير مقتل فمات فى الحال ففى كونه عـمدًا وجهان: **أحدهـما:** لا قصاص فيـه قاله ابن حامد، لأن الظاهر أنه لم يمت منه، ولأنه لا يقتل غالبًا فأشبه العصى والسوط، **والثانى:** فيه القصاص، لأن المحدد لا يعتبر فيه غلبة الظن فى حصول الـقتل به بدليل ما لو قطع شحمة إذنه أو أنملته، ولأنه لما لم تمكن إدارة الحكم وضبطه بغلبة الظن وجب ربطه بكونه محـددًا، ولا يعتبر ظهور الحكمة فى آحاد صور المظنة بل يكفى احتمال الحكمة، ولذلك ثبت الحكم به فيما إذا بقى ضمنًا مع أن العمد لا يختلف مع اتحاد الآلة والفعل بسرعة الإفـضاء وإبطائه، ولأن فى البدن مقاتل خفية، وهذا له سراية ومَوْرٌ فأشبه الجرح الكبير، وهذا ظاهر كلام الخرقى، فإنه لم يفرق بين الصغير والكبير، وهذا مذهب أبى حنيفة، وللشافعى من التفصيل نحو مما ذكرنا.

الكبيـر وهذا ظاهر كلام الخرقى، فإنه لم يفـرق بين الصغيـر والكبير وهو مذهب أبى حنيـفة والشافعى من التفصيل نحو مما ذكرنا.

النوع الثـانى: القتل بغير المحدد ممـا يغلب على الظن حصول الزهوق به عند استعماله فهذا عمد مـوجب للقصاص أيضًا، وبه قال النخعى والزهرى وابن سيـرين وحماد وعمرو بن دينار وابن أبى ليلى ومالك والشافعى وإسحاق وأبو يوسف ومـحمد وقال الحسن: لا قود فى ذلك، وروى ذلك عن الشعـبى وقال ابن المسيـب وعطاء وطاوس: العمد ما كـان بالسلاح، وقال أبو حنيـفة: لا قـود فى ذلك إلا أن يكون قتله بالنار، وعنه فى مـثقل الحـديد روايتان، واحتج بقول النبى ﷺ: «ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قـتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبـل»(٥) فسماه عمد الخطأ وأوجب فيه الديـة دون القصاص، ولأن العمد لا يمكن اعتباره بنفسه فيجب ضبطه بمظنته، ولا يمكن ضبطه بمـا يقتل غالبًا لحصول العمد بدونه فى الجرح الصغير فوجب ضبطه بالجرح.

32- مـسـألة: (فإن بقى من ذلك ضمنًا حـتى مات أو كان الغرز بها فى مقـتل كالفؤاد والخصيتين فهو عمد محض).

أما إذا كان الجرح فى مقتل كالعين والفـؤاد والخاصرة والصدغ أو أصل الأذن فمات فهو عمـد محض يجب به القـصاص، وكذلـك إن بالغ فى إدخال الإبرة ونحوهـا فى البدن، لأنه يشتـد ألمه ويفضى إلى القتل كـالكبير، وإن بقى من ذلك ضمنـا حتى مات ففيـه القود، لأن الظاهر أنه مات به، قـاله أصحابنا، وقـيل: لا يجب به القصاص، لأنه لمـا احتمل حـصول الموت بغيـره ظاهرًا كان شبهة فى درء القـصاص ولو كانت العلة أن القتل لا يحـصل به غالبًا لما افترق بين موته فى الحال وموته متراخيًا كسائر ما لا يجب به القصاص.

33- مـسـألة: (وإن قطع سلعة من أجنبى بغيـر إذنه فمات فعليه القود، لأنه جـرحه بغير إذنه جرحًـا لا يجوز له فكان عليه القـود إذا تعمد كغيره وإن قطعهـا حاكم من صغيـر أو وليه فمات فلا قود، لأن له فعل ذلك وقد فعله لمصلحته فأشبه ما لو ختنه).

الثـــانى: أن يضربه بمثـقل فوق عمود الفسطاط أو بما يغـلب على الظن موته به كاللت والكوذين والسندان أو حجـر كبيـر أو يلقى عليه حائطًا أو سقـفًا أو يلقيـه من شاهق أو يكرر الضرب بصغير أو يضربه فى مقتل أو فى حال ضعف قوة من مرض أو صغر أو كبر أو حر أو برد أو نحوه.

وجــملة ذلك: أنه إذا قتله بغير محدد يغلب على الظن حـصول الزهوق به عند استعماله فهو عــمد موجب للقصاص، وبه قـال النخعى والزهرى وابن سيرين وحمـاد وعمرو بن دينار وابن أبى ليلى ومالك والشافعى وإسحاق وأبو يوسف وأبو مـحمد، وقال الحسن: لا قود فى

---

(٥) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٣/ ٤١٠) وصححه أحمد شاكر فى «المسند» (٤٥٨٣).

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾ (الإسراء: ٣٣) وهذا مقتول ظلمًا، وقال الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾ (البقرة: ١٧٨).

وروى أنس: أن يهوديًا قتل جارية على أوضاح لها بحجر فقتله رسول الله ﷺ بين حجرين متفق عليه[٦]، وروى أبو هريرة قال: قام رسول الله ﷺ فقال: «ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما يُودى وإما أن يقاد» متفق عليه[٧]، ولأنه يقتل غالبًا فأشبه المحدد، وأما الحديث فمحمول على المثقل الصغير، لأنه ذكر العصا والسوط وقرن به الحجر فدل على أنه أراد ما يشبههما، وقولهم: لا يمكن ضبطه، ممنوع فإننا نوجب القصاص بما نتيقن حصول الغلبة به، فإذا شككنا لم نوجبه مع الشك، وصغير الجرح قد سبق القول فيه، ولأنه لا يصح ضبطه بالجرح بدليل ما لو قتله بالنار أو بمثقل الحديد، إذا ثبت هذا فإن هذا النوع يتنوع أنواعًا:

ذلك وروى ذلك، عن الشعبى، وقال ابن المسيب وعطاء وطاوس: العمد ما كان بالسلاح، وقال أبو حنيفة: لا قود إلا أن يكون قتله بالنار، وعنه فى مثقل الحديد روايتان، واحتج بقول النبى ﷺ: «ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل» فسماه عمد الخطأ وأوجب فيه الدية دون القصاص، ولأن العمد لا يمكن اعتباره بنفسه فيجب ضبطه بمظنته ولا يمكن ضبطه بما يقتل غالبًا لحصول العمد بدونه فى الجرح الصغير فوجب ضبطه بالجرح.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾ وهذا مقتول ظلمًا، وقوله سبحانه: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾.

وروى أنس أن يهوديًا قتل جارية على أوضاح لها بحجر فقتله رسول الله ﷺ بين حجرين، متفق عليه، وروى أبو هريرة قال: قام رسول الله ﷺ فقال: «ومن قُتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يُودى وإما أن يقاد» متفق عليه، ولأنه يقتل غالبًا أشبه المحدد، وأما الحديث فمحمول على المثل الصغير، لأنه ذكر العصى والسوط وقرن به الحجر فدل على أنه أراد ما أشبههما، وقولهم: لا يمكن ضبطه، ممنوع، فإنا نوجب القصاص بما يتيقن حصول الغلبة به، وإذا شككنا لم نوجبه مع الشك والجرح الصغير قد سبق القول فيه ولأنه لا يصح ضبطه بالجرح بدليل ما لو قتله بالنار، والمراد بعمود الفسطاط الذى ذكره ههنا العمد التى

---

(٦) أخرجه البخارى فى «الديات» (١٢/ ح٦٨٧٧/ فتح) ومسلم (٣/ قسامة/ ١٥/ ١٢٩٩).

أوضاح لها: أى: لأجل حلى لها من قطع فضة، وذكر أهل اللغة أن الفضة تسمى وضحًا لبيانها، ويجمع على أوضاح.

(٧) أخرجه البخارى فى «الديات» (١٢/ ح٦٨٨٠/ فتح) ومسلم (٢/ حج/ ٤٤٧/ ٩٨٨) وأبو داود فى «الديات» (٤/ ح٤٥٠٥).

أحـدها: أن يضربه بمثقل كبير يقتل مـثله غالبًا سواء كان من حديد كاللت[٨] والسـندان والمطرقة أو حجر ثقيل أو خشبة كبيرة، وحد الخرقى الخشبة الكبيرة بما فوق عمود الفسطاط يعنى العمد التى يتخـذها الأعراب لبيوتها وفيها دقـة، فأما عمد الخيام فكبيـرة تقتل غالبًا فلم يردها الخرقى، وإنما حـد الموجب للقصاص بما فوق عمـود الفسطاط، لأن النبى ﷺ لما سئل عن المـرأة التى ضربت جاريتهـا بعمود فسطاط فـقتلتها وجنينهـا قضى النبى ﷺ فى الجنين بغرة وقضى بالدية على عاقلتها[٩]، والعاقلة لا تحمل العمد فدل على أن القتل بعمود الفسطاط ليس بعمد، وإن كان أعظم منه فهـو عمد، لأنه يقتل غالبًا، ومن هذا النوع أن يلقى عليه حائطًا أو صخرة أو خشبة عظيمة أو ما أشبه مما يهلكه غالبًا فيهلكه ففيه القود، لأنه يقتل غالبًا.

النوع الثانى: أن يضربه بمثقل صغير كالعصى والسوط والحجر الصغير أو يلكزه بيديه فى مقتل أو فى حال ضعف من المضروب لمرض أو صغر أو فى زمن مفرط الحر أو البرد بحيث تقتله تلك الضربة أو كرر الضرب حتى قتله بما يقتل غـالبًا ففيه القود، لأنه قتله بما يقتل مثله غالبًا فأشبـه الضرب بمثقل كبير، ومن هذا النوع لو عـصر خصيته عصرًا شديدًا فـقتله بعصر يقتل مثله غـالبًا فعليه القود، وإن لم يكن كذلك فى جـميع ما ذكرناه فهو عمـد الخطأ، وفيه الدية إلا أن يصغر جدًا كالضربة بالقلم والأصبع فى غير مقتل ونحو هذا مما لا يتوهم القتل به فلا قود فيه ولا دية، لأنه لم يمت به، وكذلك إن مـسه بالكبير ولم يضربه به، لأن الدية إنما تجب بالقتل وليس هذا بقتل.

تتخذها العرب لبيوتها وفيها دقة وإنما حد الموجب للقصاص يفوق عمود الفسطاط، لأن النبى ﷺ لما سئل عن المرأة التى ضربت جـاريتها بعمود الفسطاط فقتلتـها وجنينها قضى رسول الله ﷺ فى الجنين بغرة وقضى بالدية على عاقلتهـا، والعاقلة لا تحمل العمد فدل على أن القتل بعمود الفسطاط ليس بعمـد، وأن أعظم منه تعمد الخيام فهو كبير يقتل غـالبًا فيجب فيه القصاص، ومن هذا النوع أن يلقى عليه جدارًا أو صخرة أو خشبة، عظيمة أو يلقيه من شاهق فيهلكه ففيه القود لأنه يقتل غالبًا، ومن ذلك أن يضـربه بمقتل صغير أو حجر صغير أو يلكزه بيده فى مقـتل أو فى حال ضعف المضـروب لمرض أو صغر أو فى حر مـفرط أو برد شديد بحيث يقتله بتلك الضربة أو كرر الضرب حتى قتله بما يقـتل غالبًا فقتله ففيه القود، لأنه قتله بما يقتل غالبًا أشبه الثقل الكبيـر وإن لم يكن كذلك ففيه الدية، لأنه عمد الخطأ إلا أن يصغر جدًا كالضربة بالقلم والأصبـع فى غير مقتل ونحو هذا مما لا يتوهم القـتل به فلا قود فيه ولا

---

(٨) **اللت**: ما يُلتُّ به؛ أى: يُرَقُّ أو يُسحَق.

(٩) أخرجه مسلم (٣/ قسامة/ ٣٦/ ١٣١٠) وأبو داود فى (٤/ ٤٥٦٨) والترمذى فى «سننه» (٤/ ١٤١١) والنسائى فى «السنن» (٨/ ٢٨٣٧) والدارمى (٢/ ٢٣٨٠) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ٢٤٩).

النوع الثالث: أن يمنع خروج نفسه وهو ضربنا: **أحدهما**: أن يجعل فى عنقه خراطة[١٠] ثم يعلقه فى خشبة أو شيء بحيث يرتفع عن الأرض فيختنق ويموت، فهذا عمد سواء مات فى الحال أو بقى زمنًا، لأن هذا أوحى[١١] أنواع الخنق، وهو الذى جرت العادة بفعله من الولاة فى اللصوص وأشباههم من المفسدين، **الضرب الثانى**: أن يخنقه وهو على الأرض بيديه أو منديل أو حبل أو يغمه بوسادة أو شيء يضعه على فيه وأنفه أو يضع يديه عليهما فيموت، فهذا إن فعل به ذلك مدة يموت فى مثلها غالبًا فمات فهو عمد فيه القصاص، وبه قال عمر بن عبد العزيز والنخعى والشافعى، وإن فعله فى مدة لا يموت فى مثلها غالبًا فمات فهو عمد الخطأ إلا أن يكون ذلك يسيرًا فى العادة بحيث لا يتوهم الموت منه فلا يوجب ضمانًا، لأنه بمنزلة لمسه، وإن خنقه وتركه مثلاً حتى مات ففيه القود، لأنه مات من سراية جنايته فهو كالميت من سراية الجرح، وإن تنفس وصح ثم مات فلا قود، لأن الظاهر أنه لم يمت منه فأشبه ما لو اندمل الجرح ثم مات.

النوع الرابع: أن يلقيه فى مهلكة وذلك على أربعة أضرب: **أحدها**: أن يلقيه من شاهق كرأس جبل أو حائط عال يهلك به غالبًا فيموت فهو عمد، **الثانى**: أن يلقيه فى نار أو ماء يغرقه، ولا يمكنه التخلص منه إما لكثرة الماء أو النار، وإما لعجزه عن التخلص لمرض أو ضعف أو صغر أو كونه مربوطًا أو منعه الخروج أو كونه فى حفرة لا يقدر على الصعود منها ونحو هذا أو ألقاه فى بئر ذات نفس[١٢] فمات به عالمًا بذلك فهذا كله عمد، لأنه يقتل غالبًا، وإن ألقاه فى ماء يسير يقدر على الخروج منه فلبث فيه اختيارًا حتى مات فلا قود فيه ولا دية، لأن هذا الفعل لم يقتله، وإنما حصل موته بلبثه فيه، وهو فعل نفسه فلم يضمنه غيره، وإن تركه فى نار يمكنه التخلص منها لقلتها أو كونه فى طرف منها يمكنه الخروج بأدنى حركة فلم يخرج حتى مات فلا قود، لأن هذا لا يقتل غالبًا، وهل يضمنه؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا يضمنه، لأنه مهلك لنفسه بإقامته فلم يضمنه كما لو ألقاه فى ماء يسير لكن يضمن ما أصابت النار منه، **والثانى**: يضمنه، لأنه جان بالإلقاء المفضى إلى الهلاك، وترك التخلص لا يسقط الضمان كما لو فصده فترك شد فصاده مع إمكانه أو جرحه فترك مداواة جرحه، وفارق الماء، لأنه لا يهلك بنفسه، ولهذا يدخله الناس للغسل والسباحة والصيد وأما النار فيسيرها يهلك، وإنما تعلم قدرته على التخلص بقوله: أنا قادر على التخلص، أو نحو

دية، لأنه لم يمت به، وكذلك إن مسه بالكبير ولم يضربه به، لأن الدية إنما تجب بالقتل وليس هذا قتلاً.

---

(١٠) **خراطة**: ما يعرف اليوم بالمشنقة.

(١١) **أوحى**: أسرع.

(١٢) **ذات نفس**: أى رائحة متغيرة.

هذا، لأن النار لها حرارة شـديدة فربما أزعجتـه حرارتها عن معرفـة ما يتخلص به أو أذهبت عقله بألمها وروعتهـا، وإن ألقاه فى لجة لا يمكنه التخلص منها فالتقمه حـوت ففيه وجهان: **أحدهما:** عليه القود لأنه ألقاه فى مهلكة فهلك فأشبه ما لو غرق فيها، **والثانى:** لا قود عليه، لأنه لم يهلك بها أشبه ما لو قتله آدمى آخر، وإن ألقاه فى ماء يسير فأكله سبع أو التقمه حوت أو تمساح فلا قود عليه، لأن الذى فعله لا يقتل غالبًا، وعليه ضمانه، لأنه هلك بفعله.

الضرب الثالث: أن يجمع بينه وبين أسد أو نمر فى مكان ضيق كزبية(١٣) ونحوها فيقتله فهذا عمد فيه القصاص إذا فعل السـبع به فعلاً يقتل مثله، وإن فعل به فعلاً لو فعله الآدمى لم يكن عمـدًا لم يجب القصـاص به، لأن السبع صار آلة للآدمى فكان فـعله كفـعله، وإن ألقاه مكتوفًا بين يدى الأسد أو النمر فى فضاء فأكله فعليه القود وكذلك إن جمع بينه وبين حية فى مكان ضيق فنهشته فقتلته فعليـه القود، وقال القاضى: لا ضمان عليه فى الصورتين وهو قول أصحاب الشافعى، لأن الأسد والحية يهربان من الآدمى، ولأن هذا سبب غير ملجئ.

ولنا: أن هذا يقتل غـالبًا فكان عمدًا محـضًا كسائر الصـور، وقولهم: إنهما يهـربان غير صحيح، فإن الأسـد يأخذ الآدمى المطلق فكيف يهرب من مكتوف ألقى إليه ليـأكله؟ والحية إنما تهرب فى مكان واسع أمـا إذا ضاق المكان فالغالب أنها تدفع عن نفسـها بالنهش على ما هو العادة.

النوع الثالث: (ألقاه فى زبية أسد أو أنهشه كلبًا أو سبعًا أو حية أو ألسعه عقربًا من القواتل ونحو ذلك فقتله فجب به القصاص).

إذا جمع بينـه وبين أسد أو نحوه فى مكان ضـيق كزبيـة أو نحوها فقـتله فهـو عمد فـيه القصاص إذا فعلِ به السبع فعلاً يقتل مـثله، وإن فعل به فعلاً لو فعله الآدمى لم يكن عمدًا لم يجب القصاص به، لأن السـبع صار آلة للآدمى فكان فعله كفعله، فإن ألقـاه مكتوفًا بين يدى الأسد أو النمر فى فـضاء فقتله فعليـه القود، وكذلك إن جمع بينه وبين حـية فى مكان ضيق فنهشتـه فقتلته فعليه القود، وقـال القاضى: لا ضمان عليه فى الصورتين، وهـو قول أصحاب الشافعى، لأن الأسد والحية يهربان من الآدمى، ولأن هذا سبب غير ملجئ.

ولنا: أن هذا يقتل غـالبًا فكان عمدًا مـحضًا كسـائر الصور، وقولهم: إنهمـا يهربان، لا يصح، فإن الأسد يأخـذ الآدمى المطلق فكيف يهرب من مكتوف ألقى له ليأكله؟ والحـية إنها تهرب فى مكان واسع أما إذا ضـاق المكان فالغالب أنها تدفع عن نفسـها بالنهش على ما هو العادة، وقـد ذكر القاضى فيـمن ألقى مكتوفًا فى أرض مـسبعـة أو ذات حيات فقـتلته أن فى وجوب القصاص روايتين، وهذا تناقض شديد، فإنه نـفى الضمان بالكلية فى صورة كان القتل فيـها أغلب، وأوجب القصـاص فى صورة كان أندر، والصـحيح أنه لا قـصاص ههنا ويجب

---

(١٣) كزبية: حفرة للأسد.

وقد ذكر القاضى فيمن ألقى مكتوفًا فى أرض مسبعة أو ذات حيات فقتلته أن فى وجوب القصاص روايتين وهذا تناقض شديد فإنه نفى الضمان بالكلية فى صورة كان القتل فيها أغلب وأوجب القصاص فى صورة كان فيها أندر، والصحيح أنه لا قصاص ههنا ويجب الضمان، لأنه فعل به فعلاً متعمدًا تلف به لا يقتل مثله غالبًا، وإن أنهشه حية أو سبعًا فقتله فعليه القود إذا كان ذلك مما يقتل غالبًا، فإن كان مما لا يقتل غالبًا كثعبان الحجاز أو سبع صغير ففيه وجهان: **أحدهما**: فيه القود، لأن الجرح لا يعتبر فيه غلبة حصول القتل به وهذا جرح ولأن الحية من جنس ما يقتل غالبًا، **والثاني**: هو شبيه العمد، لأنه لا يقتل غالبًا أشبه الضرب بالعصا والحجر، وإن كتفه وألقاه فى أرض غير مسبعة فأكله سبع أو نهشته حية فمات فهو شبه العمد، وقال أصحاب الشافعى: هو خطأ محض.

ولنا: أنه فعل به فعلاً لا يقتل مثله غالبًا عمدًا فأفضى إلى هلاكه أشبه ما لو ضربه بعصا فمات، وكذلك إن ألقاه مشدودًا فى موضع لم يعهد وصول زيادة الماء إليه، فأما إن كان فى موضع يعلم وصول زيادة الماء إليه فى ذلك الوقت فمات بها فهو عمد محض وإن كانت غير معلومة إما لكونها تحتمل الوجوب وعدمه أو لا تعهد أصلاً فهو شبه عمد.

الضمان، لأنه فعل به فعلاً متعمدًا تلف به، لأنه يقتل مثله غالبًا وإن أنهشه حية أو سبعًا فقتله فعليه القود إذا كان ذلك مما يقتل غالبًا، فإن كان مما لا يقتل غالبًا كثعبان الحجاز أو سبع صغير ففيه وجهان: **أحدهما**: فيه القود، لأن الجرح لا يعتبر فيه غلبة حصول القتل به وهذا جرح، ولأن الحية من جنس ما يقتل غالبًا.

والثاني: هو شبه عمد، لأنه لا يقتل غالبًا أشبه الضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير، وإن ألسعه عقربًا من القواتل فقتلته فهو كما لو أنهشه حية يوجب القصاص، لأنه يقتل غالبًا، فإن كتفه وألقاه فى أرض غير مسبعة فأكله سبع أو نهشته حية فمات فهو شبه عمد، وقال أصحاب الشافعى: هو خطأ محض.

ولنا: أنه فعل به فعلاً لا يقتل مثله غالبًا فأفضى إلى إهلاكه أشبه ما لو ضربه بعصا فمات، وكذلك إن ألقاه مشدودًا فى موضع لم يعهد وصول زيادة الماء إليه، فإن كان فى موضع يعلم وصول زيادة الماء إليه فى ذلك الوقت فمات به فهو عمد محض، وإن كانت الزيادة غير معلومة إما لكونها تحتمل الوجود وعدمه أو لا تعهد أصلاً فهو شبه عمد.

النوع الرابع: ألقاه فى ماء يغرقه أو نار لا يمكنه التخلص منها إما لكثرة الماء والنار وإما لعجزه عن التخلص لمرض أو ضعف أو صغر أو كونه فى حفرة لا يقدر على الصعود منها ونحو هذا أو ألقاه فى بئر ذات نفس فمات عالمًا بذلك فهذا كله عمد، لأنه يقتل غالبًا، وإن ألقاه فى ماء يسير فقدر على الخروج منه فلبث فيه اختيارًا حتى مات فلا شىء فيه، لأن هذا الفعل لم يقتله، وإنما حصل موته بلبثه فيه، وهو فعل نفسه فلم يضمنه غيره، فإن تركه فى

الضرب الرابع: أن يحبسه فى مكان ويمنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها حتى يموت فعليه القود، لأن هذا يقتـل غالبًا، وهذا يختلف باختلاف الناس والزمـان والأحوال، فإذا كان عطشان فى شدة الحر مات فى الزمن القليل، وإن كـان عريان والزمن بارد أو معتدل لم يمت إلا فى زمن طويل فيعتبر هذا فيه وإن كان فى مدة يمـوت فى مثلها غالبًا ففيه القود، وإن كان لا يموت فى مثلها غـالبًا ففيه القود، وإن كـان لا يموت فى مثلها غالبًا فـهو عمد الخطأ وإن

نار يمكنه التخلص منها لقلـتها أو كونه فى طرف منها يمكنه الخروج بأدنى حـركة فلم يخرج حتى مات فلا قود، لأن هذا لا يقتل غالبًا، وهل يضمنه؟ فيه وجهان: **أحدهـما**: لا يضمنه، لأنه مهلك لنفسه بإقامته فلم يضمنه كما لو ألقاه فى ماء يسير لكن يضمن ما أصابت النار منه، **والثانى**: يضمنه، لأنه جانٍ بالإلقاء المفضى إلى الهلاك، وترك التخلص لا يسقط الضمان كما لو فصده فترك شد فصاده مع إمكانه أو جرحه فـترك مداواة جرحه، وفارق الماء اليسير، لأنه لا يهلك بنفســه ولهذا يدخله الناس للغسل والسـباحة، وأما النار فـيسيرها مـهلك وإنما تعلم قدرته على التـخلص بقوله: أنا قادر على التـخلص أو نحو هذا، لأن النار لها حـرارة شديدة فربما أزعجته حرارتها عن معرفة ما يتخلص به أو أذهبت عقله بألمها وروعتها.

الخامس: (خنقه حبل أو غيره أو سد فهمه وأنفه أو عصر خصيتيه حتى مات).

إذا منع خروج نفسه بأن يخنقه بحبل أو غيره وهو نوعان: **أحدهما**: أن يخنقه بأن يجعل فى عنقه خراطة ثـم يعلقه فى خشبة أو شىء بحـيث يرتفع عن الأرض فيختنق ويمـوت فهذا عمد سـواء مات فى الحال أو بقى زمنًا، لأن هذا أوحى أنواع الخنق وهو الـذى جرت العادة بفعله فى اللصوص وأشباههم من المفسدين.

الثـانى: أن يخنقه وهو على الأرض بيديه أو حبل أو يغمه بوسادة أو شىء يضعه على فيه وأنفه أو يضع يديه عليهما فيموت، فهذا إن فـعل به ذلك فى مدة يموت فى مثلها غالبًا فمات فهو عمد فيه القصاص وبه قال عمر بن العزيز والنخعى والشافعى، وإن كان فى مدة لا يموت فى مثلها غالبًـا فهو عمد الخطأ ويلتحق بذلك ما لو عصـر خصيتيه عصرًا شديدًا فـقتله بعصر يقتل مثله غالبًا، وإن لم يكن كذلك فهو شبه عمد إلا أن يكون ذلك يسيرًا فى الغاية بحيث لا يتوهم الموت منه فلا يوجب ضـمانًا، لأنه بمنزلة لمسه، ومتى خنقه وتركه مـتألمًا حتى مات ففيه القود، لأنه مات من سراية جنايته فهو كسراية الجرح وإن تنفس وصح ثم مات فلا قود، لأن الظاهر أنه لم يمت منه فأشبه ما لو اندمل الجرح ثم مات.

الســادس: حبسه ومنعـه الطعام أو الشراب حتى مات جوعـًا وعطشًا فى مدة يموت فى مثلها غالبًا فعليه القود، لأن هذا يقتل غالبًا، وهذا يختلف باختلاف الناس والزمان والأحوال، فإذا عطشه فى شدة الحر مات فـى الزمن القليل وإن كان ريان والزمن بارد أو معتدل لم يمت إلا فى زمن طويل فيعتبر هذا فيه، فإن كان فى مدة يموت فى مثلها غالبًا ففيه القود، وإن كان

شككنا فيــها لم يجب القود، لأننا شككنا فى السـبب، ولا يثبت الحكم مع الشك فى سبــبه سيما القصاص الذى يسقط بالشبهات.

النوع الخـامس: أن يسقيه سمّا أو يطعمه شيئًا قاتلاً فيموت به فهو عمد موجب للقود إذا كان مثله يقتل غالبًا، وإن خلطه بطعام وقدمه إليه فأكله أو أهداه إليه أو خلطه بطعام رجل ولم يعلم ذلك فأكله فعليه القود، لأنه يقتل غالبًا، وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا قود عليه، لأنه أكله مختارًا فأشبه ما لو قـدم إليه سكينًا فطعن بها نفسه، ولأن أنس بن مالك روى أن يهودية أتت رسول الله ﷺ بشـاة مسمـومة فـأكل منها النبى ﷺ ولم يقتـلها النبى ﷺ(١٤)، قال: وهل يجب القود؟ فيه قولان.

ولنا: خبـر اليهودية، فإن أبا سلمـة قال فيه: فمـات بشر بن البراء فأمـر بها النبى ﷺ فقـتلت(١٥): أخرجه أبو داود، ولأن هذا يقتل غالبًا، ويتخـذ طريقًا إلى القتل كثيرًا فأوجب القصاص كـما لو أكرهه على شربه، فأمـا حديث أنس فلم يذكر فيـه أن أحدًا مات منه، ولا يجب القصاص إلا أن يقـتل به ويجوز أن يكون النبى ﷺ لم يقتلها قـبل أن يموت بشر بن البراء، فلما مات أرسل إليها النبى ﷺ فسألها فاعترفت فقتلها، فنقل أنس صدر القصة دون آخرها، ويتعين حمله عليـه جمعًا بين الخبرين، ويجوز أن يترك قتلها لكـونها ما قصدت بشر

فى مدة لا يمـوت فى مثلها غـالبًا فهـو عمد الخطأ، وإن شككـنا فيها لـم يجب القود، لأننا شككنا فى السبب ولا يثبت الحكم مع الشك فى سببه سيما القصاص الذى يسقط بالشبهات.

الســـابع: سقاه سمّـا لا يعلم به أو خلطه بطعام فأطعمه أو خلطه بطعـامه فأكله وهو لا يعلمه فمات فعليه القود إذا كان مثله يقتل غـالبًا، وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا قود عليه، لأنه أكله مخـتارًا فأشبـه ما لو قدم إليـه سكينًا فطعن بها نفســه، ولأن أنس بن مالك روى أن يهودية أتت النبى ﷺ بشاة مسمومة فـأكل منها النبى ﷺ وبشر بن البراء فلم يقتلها النبى ﷺ، قال: وهل تجب الدية؟ فيه قولان.

قـلنـا: حديث اليهودية حجة لنا فإن أبا سلمة قـال فيه: فمات بشر فأمر بها النبى ﷺ فقـتلت، أخرجـه أبو داود، ولأن هذا يقتل غـالبًا ويتـخذ طريقًـا إلى القتل كـثيـرًا، فأوجب القصاص كـما لو أكرهه على شربه، فأمـا حديث أنس فلم يذكر فيـه أن أحدًا مات منه، ولا يجب القصاص إلا أن يقتل به، ويجوز أن يكون النبى ﷺ لم يقتلها قبل أن يموت بشر فلما مات أرسل إليـها النبى ﷺ فاعتـرفت فقتلها فنقل أنس صـدر القصة دون آخرها، ويتـعين حمله عليه جمعًا بين الخبرين، ويجوز أن يترك قـتلها لكونها ما قصدت قتل بشر إنما قصدت

---

(١٤) أخرجه البخارى فى «الهـدية» (٥/ ح٢٦١٧/ فتح) وأبو داود فى «الديات» (٤/ ح٤٥٠٨) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٢١٨) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(١٥) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٤/ ٤٥١١) من حديث أبى سلمة وإسناده صحيح.

ابن البـراء، إنما قصـدت قتل النـبى ﷺ فاختل الـعمد بالـنسبة إلـى بشر، وفارق تـقديم السكين، لأنهـا لا تقدم إلى إنسان ليـقتل بهـا نفسه، إنمـا تقدم إليـه لينتفع بهـا، وهو عالم بمضرتها ونفعها فأشبه ما لو قدم إليه السم وهو عالم به، فأما إن خلط السم بطعام نفسه وتركه فى منزله فدخل إنسان فأكله فليس عليه ضمان بقصاص ولا دية، لأنه لم يقتله، وإنما الداخل قتل نفسـه، فأشبه ما لو حـفر فى داره بئرًا فدخل رجل فـوقع فيها، وسواء قـصد بذلك قتل الآكل مثل أن يعلم ظالمًا يريد هجوم داره فترك السم فى الطعام ليقتله فهو كما لو حفر بئرًا فى داره ليقع فيـها اللص إذا دخل ليسرق منها، ولو دخـل رجل بإذنه فأكل الطعام المسمـوم بغير إذنه لم يضمنه لذلك، وإن خلطه بطعام رجل أو قدم إليه طعامًا مسمومًا وأخبره بسمه فأكله لم يضمنه، لأنه أكله عالمًا بحـاله، فأشبه ما لو قدم إليه سكينًا فوجأ بهـا نفسه، وإن سقى إنسانًا سمًا أو خـلطه بطعامه فأكله ولم يعلم به وكـان مما لا يقتـل مثله غالبًا فـهو شبه عـمد، فإن اختلف فـيه هل يقتل مـثله غالبًا أو لا؟ وثم بينـة تشهد عمـل بها، وإن قالت البـينة هو يقتل النضو الضعيف دون القوى أو غيـر هذا عمل على حسب ذلك، وإن لم يكن مع أحدهما بينة فالقول قول الساقى، لأن الأصل عدم وجوب القصاص فلا يثبت بالشك، ولأنه أعلم بصفة ما سقى، وإن ثبت أنه قاتل: فقال: لم أعلم أنه قاتل، ففيه وجهان: **أحدهما**: عليه القود، لأن السم من جنس ما يقتل به غالبًا، فأشبه ما لو جرحه وقال: لم أعلم أنه يموت منه، **والثـانى**: لا قود عليه، لأنه يجوز أن يخفى عليه أنه قاتل، وهذه شبهة يسقط بها القود.

قتل النبى ﷺ فـاختل العمد بـالنسبة إلى بشر، وفـارق تقديم السكين، فإنهـا لا تقدم إلى الإنسان ليقتل بها نفسه إنما تقدم إليه لينتفع بها وهو عالم بمضرتها ونفعها فأشبه ما لو قدم إليه السم وهو عالم به، فأما إن أكله وهو عالم به وهو بالغ عاقل فلا ضـمان عليه كما لو قدم إليه سكينًا فوجأ بها نفسه.

34- مـسألة: **(فإن خلط السم بطعام نفسه فدخل إنسان منزله فأكله فلا ضمان عليه)**.

لأنه لم يفعله، وإنما الداخل قتل نـفسه فأشبه ما لو حفـر فى داره بئرًا فدخل رجل فوقع فيهـا، وسواء قصد بذلك قـتل الداخل مثل أن يعلم أن ظالمًا يريد هجوم داره فـترك السم فى الطعام ليقتله فهـو كما لو حفر بئرًا فى داره ليقع فيهـا اللص إذا دخل ليسرق منها، ولو دخل رجل بإذنه فأكل الطعام المسموم بغير إذنه لم يضمنه لذلك.

35- مـسألة: **(وإن ادعى القاتل بالسم أننى لم أعلم أنه سم قاتل لـم يقبل قوله فى أحد الوجهين)**.

لأن السم من جنس ما يقـتل غالبًا فـأشبه مـا لو جرحه وقال: لـم أعلم أنه يموت منه، والثـــانى: لا قود عليه، لأنه لا يجـوز أن يخفى عليه أنه قاتل، وهذا شبهة لـيسقط به القود فيكون شبه عمد.

النوع السادس: أن يقتله بسحر يقتل غالبًا، فيلزمه القود، لأنه قتله بما يقتل غالبًا، فأشبه ما لو قتله بسكين، وإن كـان مما لا يقتل غالبًـا، أو كان مما يقتل ولا يقتل، فـفيه الدية دون القصاص، لأنه عمد الخطأ فأشبه ضرب العصا.

النوع السابع: أن يتسبب إلى قتله بما يقتل غالبًا، وذلك أربعة أضرب: أحدها: أن يكره رجلاً على قتل آخر فيقتله، فيجب القـصاص على المكره والمكره جميعًا، وبهذا قال مالك، وقال أبو حنيـفة ومحمـد: يجب القصاص على المكـره دون المباشر، لقـوله ﷺ: «عفى لأمتى عن الخطأ والنسيـان وما استكرهوا عليه»[١٦] ولأن المكره آلة للمكره، بدليـل وجوب القصـاص على المكره، ونقل فعله إليه، فلم يجب على المـكره كما لو رمى به عليه فـقتله، وقال زفـر: يجب على المباشـر دون المكره، لأن المباشـرة تقطع حكم السبب كالحـافر مع الدافع والآمر مع القـاتل، وقال الشافعى: يجب على المكره، وفى المـكره قولان، وقال أبو يوسف: لا يجب على واحد منهـما، لأن المكره لم يباشر القتـل، فهو كحافـر البئر والمكره ملجأ فأشبه المرمى به على إنسان.

ولنا: على وجوبـه على المكره أنه تسبب إلى قـتله بما يفضى إليـه غالبًـا، فأشبـه ما لو ألسعته حية أو ألقاه على أسد فى زبية.

ولنا: على وجوبه على المكره أنه قتله عمـدًا ظلمًا لاستبقاء نفسه، فـأشبه ما لو قتله فى المخمصة ليـأكله، وقولهم: إن المكره ملجأ غير صحيح، فـإنه متمكن من الامتناع، ولذلك أثم بقتله وحرم عليه، وإنمـا قتله عند الإكراه ظنًا منه أن فى قتله نجاة نفسـه وخلاصه من شر المكره، فأشبه القاتل فى المخمصة ليـأكله، وإن صار الأمر إلى الدية وجبت عليهما، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة ومحمد: لا دية على المكره بناء منهما على أنه آلة، وقد بينا فساده، وإنما هما شريكان يجب القصـاص عليهما جميعًا، فوجبت الدية عليهـما كالشريكين بالفعل، وكـما يجب الجـزاء على الدال على الصـيد فى الإحـرام والمـباشـر والردء كالمـباشـر فى

فصل: **فإن سقى إنسانًا سمًا أو خلطه بطعامه فأكل وهو لا يعلم به، وهو مما لا يقتل مثله غالبًا فهو شبه عمد،** فإن اختلف فيه هل يقتل غالبًا أو لا وثم بينة تشهد عمل بها، وإن قالت: تقتل النضو الضعيف دون القوى أو غير ذلك عمل على حسب ذلك، فإن لم يكن مع أحدهما بينة فالقـول قول السـاقى، لأن الأصل عدم وجوب القـصاص فلا يثـبت بالشك، ولأنه أعلم بصفة ما يسقى، فإن ثبت أنه قاتل فقال: لم أعلم به ففيه الوجهان المذكوران.

الثـــامن: أن يقتله بسحـر يقتل غالبًا فيلزمه القـود، لأنه قتله بما يقتل غالبًا فـأشبه قتله بالسكين، وإن كان مما لا يقتل غالبًا أو كان مما يقتل ولا يقتل ففيه الدية دون القصاص، لأنه عمد الخطأ فأشبه ضرب العصا.

---

(١٦) تقدم تخريجه فى الحديث (٣) مسألة (١٧).

المحاربة، فعلى هذا إن أحب الولى قتل أحدهـما، وأخذ نصف الدية من الآخر أو العفو عنه فله ذلك.

الضـرب الثـانى: إذا شهد رجلان على رجل بمـا يوجب قتله فقتل بشهادتهـما ثم رجعا واعترفا بتعمد القتل ظلمًا وكذبهما فى شهادتهما فعليهما القصاص، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا قصاص عليهما، لأنه تسبب غير ملجئ فلا يوجب القصاص كحفر البئر.

ولنا: ما روى القـاسم بن عبد الرحمن: أن رجلـين شهدا عند على كرم الله وجـهه على رجل أنه سرق فقطعـه ثم رجعا عن شهادتهـما، فقال على: لو أعلم أنكما تعـمدتما لقطعت أيديكما، وغرمـهما دية يده[17]، ولأنهما توصلا إلى قـتله بسبب يقتل غالبًا فـوجب عليهما القصاص كالمكره.

الضـرب الثـالث: الحاكم إذا حكم على رجل بالقتل عالمًا بذلك متـعمدًا فقتله واعترف بذلك وجب القصاص، والكلام فيه كـالكلام فى الشاهدين، ولو أن الولى الذى باشر قتله أقر

التـــاسع: أن يشهدا على رجل بقـتل عمد أو زنا أو ردة فيقتل بذلك ثم يرجـعا ويقولا: عمدنا قتله أو يقول الحاكم: علمت كذبهما وعمدت قتله أو يقول ذلك الولى، فهذا كله عمد محض موجب القصاص إذا كملت شروطه، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا قصاص عليهما، لأنه بسبب غير ملجئ فلا وجب القصاص كحفر البئر.

ولنا: ما روى القاسم بن عبد الرحمن أن رجلين شـهدا عند علىٍّ كرم الله وجهه أنه سرق فقطعه ثم رجعا على شهادتهما فقال على: لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما، وغرمهما دية يد، ولأنهما توصلا إلى قتـله بسبب يقتل غالبًا فوجب عليهما الـقصاص كالمكره وكذلك الحاكم إذا حكم على رجل بالقتل عالمًا بذلك متعـمدًا فقتله واعترف بذلك وجب القصاص، والكلام فيـه كالكلام فى الشـاهدين، ولو أن الولى الذى باشر قتله أقـر بعلمه بكذب الشـهود وتعمد قـتله، فعليه القصاص لا نـعلم فيه خلافًا، فـإن أقر الشاهدان والحاكم والولى جمـيعًا بذلك فعلى الولى الـقصاص، لأنه باشـر القتل عمـدًا وعدوانًا وينبغى أن لا يجب على غـيره شىء، لأنهم متسببون، والمباشـرة تبطل حكم التسبب كالدافع مع الحافر، ويفارق هذا ما إذا لم يقر، لأنه لم يثبت حكم مباشرة القتل فى حقه ظلمًا فكان وجوده كعدمه، ويكون القصاص على الشاهدين والحاكم، لأن الجميع متسـببون، وإن صار الأمر إلى الدية فهى عليهم أثلاثًا، ويحتمل أن يتعلق الحكم بالحاكم وحده، لأنه سببه أخص من سببهم، فإن حكمه واسطة بين

---

(١٧) علقه البـخارى فى كـتاب «الديات» باب «إذا أصاب قـدم من رجل هل يعاقب أم يقـتص منهم كلهم» (١٢/ ص٢٣٦) وقال ابن حجـر فى «الفتح» (١٢/ ٢٣٧): وصله الشافعى عن سفيـان بن عيينة عن مطرف بن طريف عن الشعبى. . . به وقـال: لم أقف على الشاهدين ولا على اسم المشهود علـيهما وأخرجه الدارقطنى أيضًا موصولاً. . إلى الشعبى (٣/ ١٨٢) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٤١).

بعلمه بكذب الشـهود وتعمـد قتله فعليه القـصاص، لا أعلم فيـه خلافًا، فإن أمـر الشاهدان والحاكم والولى جميـعًا بذلك فعلى الولى القصاص، لأنه باشر القتل عـمدًا وعدوانًا، وينبغى أن لا يجب على غيـره شىء، لأنهم متـسببـون، والمباشـرة تبطل حكم التسـبب كالدافع مع الحافر، ويفـارق هذا ما إذا لم يقر، لأنه لم يثبت حكم مـباشرة القتل فى حـقه ظلمًا، فكان وجوده كعدمه، ويكون القـصاص على الشاهدين والحاكم، لأن الجميع متـسببون، وإن صار الأمر إلى الدية فهى عليهم أثلاثًا، ويحتمل أن يتعلق الحكم بالحاكم وحده، لأن تسببه أخص من تسببهم، فـإن حكمه واسطة بين شهادتهم وقتله، فـأشبه المباشر مع المـتسبب، ولو كان الولى المقر بالتعمـد لم يباشر القتل وإنما وكل فيه نظرت فى الوكيـل، فإن أقر بالعلم وتعمد القتل ظلمًا فـهو القاتل وحده، لأنه مباشر للقـتل عمدًا ظلمًا من غير إكـراه فتعلق الحكم به، كما لو أمر بالقتل فى غير هذه الصورة، وإن لم يعترف بذلك، فالحكم متعلق بالولى، كما لو باشره، والله أعلم.

شهادتهم وقـتله فأشبه المباشـر مع المتسبب، فإن كان الـولى المقر بالتعمد لم يبـاشر القتل، وإنما وكل فيه فـأقر الوكيل بالعلم وتعمد القتـل ظلمًا فهو القاتل وحده، لأنه المـباشر للقتل عمدًا ظلمًا من غيـر إكراه فتعلق الحكم به، كما لو قتل فى غيـر هذه الصورة، وإن لم يعترف بذلك فالحكم يتعلق بالولى كما لو باشره.

فــصل: قــال ﷺ: **وشبه العـمد أن يقصد الجناية بما لا يقـتل غالبًا فيقتل إمـا لقصد العدوان عليه أو لقصد التـأديب له فيسرف فيه**، كالضرب بالسوط والعصـا والحجر الصغير أو يلكزه بيده أو يلقيه فى ماء يسير أو يقتله بسحـر لا يقتل غالبًا وسائر ما لا يقتل غالبًا أو يصيح بصبى أو معتوه وهما على سطح فـيسقطان أو يغتفل عاقلاً به فيسقط فهـو شبه عمد إذا قتل، لأنه قصد الضرب دون القتل ويسمى خطأ العمد وعمد الخطأ لاجتماع العمد والخطأ فيه، فإنه عمد الفعل وأخطأ فى القـتل، فهذا لا قود فيه، والدية على العـاقلة فى قول أكثر أهل العلم، وجعله مالك عمدًا فى بعض ما حكى عنه موجبًا للقصاص، لأنه ليس فى كتاب الله إلا العمد والخطأ فمن زاد قسـما ثالثًا زاد على النص، ولأنه قبله بفـعل عمده فكان عمدًا كـما لو غرزه بأبرة وحكى عنه مثل قول الجماعة وقال أبو بكر عبد العزيز: تجب الدية فى مال القاتل، وهو قول ابن شبرمة، لأنه موجب فعل عمد فكان فى مال القاتل كسائر جنايات العمد.

ولنا: ما روى أبو هريرة قـال: اقتتلت امرأتان من هذيل فـرمت إحداهما الأخرى بـحجر فقتلتها وما فى بطنها فقضى النبى ﷺ: «أن دية جنينها عبد أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها»(1) متفق عليه، فأوجب ديتها على العاقلة، والعاقلة لا تحمل العمد وأيضًا قول النبى ﷺ: «ألا إن فى قتيل خطأ العـمد قتيل السوط والحجـر والعصى مائة من الإبل» وفى لفظ

---

(1) أخرجه البخارى (١٢/ ح٦٩١٠/ فتح) ومسلم (٣/ قسامة/ ١٣٠٩) من حديث أبى هريرة.

١٤١٧- **مسألة:** قال: (ففيه القود إذا اجتمع عليه الأولياء، وكان المقتول حرًا مسلمًا).

أجمع العلماء على أن القود لا يجب إلا بالعمـد، ولا نعلم بينهم فى وجوبه بالقتل العمد إذا اجتمعت شروطه خلافًا، وقد دلت عليه الآيات والأخبار بعمومها فقال الله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلا يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ﴾ (الإسراء: ٣٣) وقال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾ (البقرة: ١٧٨) وقال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾ (البقرة: ١٧٩) يريد والله أعلم: أن وجوب القصـاص يمنع من يريد القتل منه شفقـة على نفسه من القتل، فـتبقى الحياة فـيمن أريد قتله، وقيل: إن القـاتل تنعقد العداوة بينه وبين قبـيلة المقتول فـيريد قتلهم خوفًا منهم ويـريدون قتله وقتل قبيلتـه استيفـاء ففي الاقتصاص منه بحكم الشـرع قطع لسبب الهلاك بين القبيـلتين، وقال الله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ (المـائدة: ٤٥) الآية، وقال النبى ﷺ: «من قـتل له قتيل فهو بـخير النظرين: إما أن يقـتل وإما أن يفدى» متفق عليه(١٨).

وروى أبو شريح الـخزاعى قال: قـال رسول الله ﷺ: «من أصـيب بدم أو خبل فـهو بالخيـار بين إحدى ثلاث، فإن أراد الرابعة فـخذوا على يديه أن يقتل أو يعفـو أو يأخذ الدية» رواه أبـو داود(١٩)، وفى لفظ: «فمن قتل له بعد مقالتى قـتيل فأهله بين خيرتين: أن يأخذوا الدية أو يقتلوا»(٢٠) وقال ﷺ: «العمد قود إلا أن يعفو ولى المقتول»(٢١) وفى لفظ: «من قتل عامدًا فـهو قود» رواه أبو داود(٢٢)، وفى لفظ رواه ابن ماجه: «من قتل عـامدًا فهو قود، ومن حـال بينه وبينه فـعليه لعـنة الله والملائكة والنـاس أجمـعين، لا يـقبل منه صـرف ولا

أن النبى ﷺ قال: «عقل شبه العمد غلظ مـثل عقل العمد ولا يقتل صاحبه»(2) رواه أبـو داود وهذا نص وقـوله هذا قـسم ثالث قلنا: نعم هـذا ثبت بالسنة والقـسمان الأولان ثبـتـا بالكتاب، ولأنه قتل لا يوجب القود فكانت ديته على العاقلة كقتل الخطأ.

---

(١٨) تقدم برقم (٧) مسألة رقم (١٤١٦).

(١٩) أخـرجه أبو داود فى «سننه» (٤/ ٤٤٩٦) مـن حديث أبى شـريح الخزاعـى، وابن ماجـه فى «سننه» (٢/ ٢٦٢٣) ضعـيف، وأحمد فى «مـسنده» (٤/ ٣١) والدارمى فى «سننه» (٣/ ح٢٣٥١) من طريق محمد بن إسحـاق عن الحارث بن فضل عن سفيان بن أبى العوجاء ... فـذكره، وإسناده ضعيف، محمد بن إسحاق مدلس وقد عنعنه وسفيان بن أبى العوجاء ضعيف.

(٢٠) أخرجه أبو داود فى «الديات» (٤/ ح٤٥٠٤) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٥٧) وإسناده صحيح.

(٢١) أخرجـه الدارقطنى (٣/ ص٩٤/ ٤٥٩) وذكـره الزيلعى فى كتـاب «نصب الراية» (٤/ ٣٢٧) وإسناده صحيح.

(٢٢) أخرجـه أبو داود فى «سننه» (٤/ ٤٥٣٩) والنسائى (٨/ ٤٨٠٤) وابن مـاجه فى «سننه» (٢/ ٢٦٣٥) وأحمد فى «مسنده» (٤٥٢) من حديث ابن عمر وإسناده صحيح.

(2) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٤/ ح٤٥٦٥) وإسناده صحيح.

عــدل»[٢٣] وقول الخرقى: إذا اجتمع عليه الأولياء، يعنى إذا كان للمـقتول أولياء يستحقون القصاص، فمن شرط وجوبه اجتماعهم على طلبه، ولو عفى واحد منهم سقط كله، وإن كان بعضهم غائبًا أو غير مكلف لم يكن لشركائه القـصاص حتى يقدم الغائب ويختار القصاص أو يوكل ويبلغ الصبى ويفـيق المجنون ويختـاراه، وقولهم: إذا كان المـقتول حرًا مـسلمًا يعنى: مكافئًا للقاتل فـإذا كان القاتل حرًا مسلمًا، اشتـرط كون المقتول حرًا مسلمًـا لتحقق المكافأة بينهما، فإن كان الكافر لا يكافئ المسلم والعبد لا يكافئ الحر.

فـصل: وأجمع أهل العلم على أن الحر المسلم يقـاد به قاتله، وإن كان مجدع الأطراف معدوم الحواس، والقـاتل صحيح سوى الخلق[٢٤] أو كان بالعكس، وكـذلك إن تفاوتا فى العلم والشرف والغنى والفقـر والصحة والمرض والقوة والضعف والكبـر والصغر والسلطان، والسوقة ونحو هذا من الصـفات، لم يمنع القصاص بالاتفاق، وقد دلت عليـه العمومات التى تلوناها، وقول النبى ﷺ: «المؤمنون تتكافأ دماؤهم»[٢٥] ولأن اعتبار التساوى فى الصفات والفضائل، يفضى إلى إسقاط القصاص بالكلية وفوات حكمة الردع والزجر، فوجب أن يسقط اعتباره كالطول والقصر والسواد والبياض.

فـصل: ولا يشترط فى وجوب القصاص كون القتل فى دار الإسلام بل متى قتل فى دار الحرب مسلمًا عامدًا عـالمًا بإسلامه فعليه القود سواء كان قد هاجـر أو لم يهاجر، وبهذا قال الشافـعى، وقال أبو حـنيفة: لا يجـب القصاص بـالقتل فى غـير دار الإسلام، فـإن لم يكن المقتول هاجـر لم يضمنه بقصاص ولا دية عمدًا قتله أو خطأ، وإن كـان قد هاجر ثم عاد إلى دار الحرب كرجلين مسلمين دخلا دار الحرب بأمان فـقتل أحدهما صاحبه ضمنه بالدية، ولم يجب القود، وحكى عن أحـمد رواية كقـوله ولو قتل رجلاً أسـيرًا مسلمًـا فى دار الحرب لم يضمنه إلا بالدية عمدًا قتله أو خطأ.

ولنا: ما ذكرنا من الآيات والأخبار، ولأنه قتل من يكافئه عمدًا ظلمًا فوجب عليه القود، كما لو قتله فى دار الإسلام، ولأن كل دار يجب فيها القصاص إذا كان فيها إمام يجب وإن لم يكن فيها إمام كدار الإسلام.

فـصل: وقتل الغيلة وغيره سـواء فى القصاص والعفو، وذلك للولى دون السلطان، وبه قال أبو حنيفة والشافعى وابن المنذر، وقال مالك: الأمر عندنا أن يقتل به وليس لولى الدم أن يعفو عنه، وذلك إلى السلطان، والغـيلة عنده أن يخدع الإنسان فيدخل بيتًا أو نحـوه فيقتل أو

---

(٢٣) انظر ما تقدم فى الحديث السابق.

(٢٤) انظر الإجماع لابن المنذر (١٣٤/ ٦٥٢).

(٢٥) أخرجـه أبو داود فى «كـتاب الديات» (٤/ ٤٥٣٠) والنسـائى فى «سننه» (٨/ ح٤٧٤٨) وأحمـد فى «مـسنده» (١/ ١١٩) والبـيهـقى فى «السنن الكبـرى» (٧/ ١٣٤) وذكـره ابن حـجـر فى «الفـتح» (١٠٢/٤) وإسناده صحيح.

يؤخذ مـاله ولعله يحـتج بقول عمـر فى الذى قتل غـيلة لو تمالأ علـيه أهل صنعاء لأقـدتهم به(٢٦)، وبقياسه على المحارب.

ولنا: عموم قوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾ (الإسراء: ٣٣) وقول النبى ﷺ: «فأهله بين خيرتين»(٢٧) ولأنه قتيل فى غير المحاربة فكان أمره إلى وليه كسائر القتلى، وقول عمر: لأقدتهم به، أى أمكنت الولى من استيفاء القود منهم.

فـصل: وإذا قتل رجلاً وادعى أنه وجده مع امرأته أو أنه قـتله دفعًا عن نفسه أو أنه دخل منزله يكابره على ماله فلم يقـدر على دفعه إلا بقتله لم يـقبل قوله إلا ببينة ولزمـه القصاص، وروى نحـو ذلك عن على ﷺ، وبه قـال الشـافـعى وأبو ثور وابن المنذر: ولا أعلم فـيـه مخالفًا، وسواء وجد فى دار القاتل أو فى غيرها أو وجد معه سلاح أو لم يوجد لما روى عن على ﷺ أنه سئل عمن وجد مع امـرأته رجلاً فقتله فقال: «إن لم يأت بأربعـة شهداء فليعط برمته»(٢٨) ولأن الأصل عدم ما يدعيه فلا يثبت بمجرد الدعوى، وإن اعترف الولى بذلك فلا قصاص عليه ولا دية لما روى عن عمر ﷺ أنه كان يومًا يتغدى إذ جاءه رجل يعدو وفى يده سيف ملطخ بالدم ووراءه قوم يعدون خلفه فجاء حـتى جلس مع عمر فجاء الآخـرون فقالوا: يا أمير المـؤمنين إن هذا قتل صاحبنا فقال له عـمر: ما يقولون؟ فقال: يا أمـير المؤمنين إنى ضربت فـخذى امرأتى فإن كـان بينهما أحد فـقد قتلتـه فقال عمـر: ما يقول؟ قالوا: يا أمـير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوقع فى وسط الرجل فخذى المرأة فأخذ عمر سيفه فهزه ثم دفعه إليه وقال: إن عادوا فعـد رواه سعيد فى سننه(٢٩)، وروى عن الزبير أنه كان يـومًا قد تخلف عن الجيش ومعه جارية له فأتاه رجـلان فقالا: أعطنا شيئًا فألقى إليهما طعامًـا كان معه فقالا خل عن الجارية فضربهما بسيـفه فقطعهما بضربة واحدة(٣٠)، ولأن الخصم اعتـرف بما يبيح قتله فسقط حقه كما لو أقر بقتله قصاصًا أو فى حد يوجب قتله، وإن ثبت ذلك ببينة فكذلك.

---

(٢٦) أخرجه البخارى فى كتاب «الديات» (١٢/ ح٦٨٩٦/ فتح) وقال ابن حجر فى «الفتح» (١٢/ ٢٣٧): وهذا الأثر موصـول إلى عمر بأصح الأسانيـد، وقد أخرجه ابن أبى شـيبة عن عبد الله بن نـمير عن يحيى القطان من وجه آخر عن نافع، ولفظه: «أن عمر قتل سبعة من أهل صنعاء برجل...».
قلت: وأخرجه مالك فى «الموطأ» (٢/ ٨٧١) بلفظ المصنف فما لا: توافق.

(٢٧) تقدم برقم (٢٠) المسألة (١٤١٧).

(٢٨) أخرجه البـيهقى فى «السنن» (٨/ ٣٣٧) وعبد الرزاق فى «المـصنف» (٩/ ١٧٩١٥) من طريق يحيى ابن سعـيد عن سعيـد بن المسيب أن رجـلاً... ثم ذكره، ورجاله ثقات، لـكن سعيد بن المـسيب مختلف فى سماعه من على.

(٢٩) ذكره ابن ضوبان فى كتابه «منار السبل» (٢/ ٢٩٠) وعزاه إلى سعيد ولم أجده فى المطبوع.

(٣٠) انظر الأخبار الموفقيات (٣٨٢).

١٤١٨- مسألة: قال: (**وشبه العمد ما ضربه بخشبة صغيرة أو حجر صغير أو لكزه أو فعل به فعلاً الأغلب من ذلك الفعل أنه لا يقتل مثله فلا قود فى هذا والدية على العاقلة**).

شبه العمد أحد أقسام، القتل وهو أن يقصد ضربه بما لا يقتل غالبًا إما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير والوكز واليد وسائر ما لا يقتل غالبًا إذا قتل فهو شبه عمد، لأنه قصد الضرب دون القتل ويسمى عمد الخطأ وخطأ العمد لاجتماع العمد والخطأ فيه، فإنه عمد الفعل وأخطأ فى القتل فهذا لا قود فيه والدية على العاقلة فى قول أكثر أهل العلم، وجعله مالك عمدًا موجبًا للقصاص، ولأنه ليس فى كتاب الله إلا العمد والخطأ فمن زاد قسمًا ثالثًا زاد على النص، ولأنه قتله بفعل عمده فكان عمدًا كما لو غرزه بإبرة فقتله وقال أبو بكر: من أصحابنا تجب الدية فى مال القاتل، وهو قول ابن شبرمة، لأنه موجب فعل عمد فكان فى مال القاتل كسائر الجنايات.

ولنا: ما روى أبو هريرة قال: اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها فقضى النبى ﷺ أن دية جنينها عبد أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه [٣١]، فأوجب ديتها على العاقلة، والعاقلة لا تحمل عمدًا، وأيضًا قول النبى ﷺ: «ألا إن فى قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل» [٣٢] وفى لفظ أن النبى ﷺ قال: «عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل العمد ولا يقتل صاحبه» [٣٣] رواه أبو داود وهذا نص، وقوله هذا قسم ثالث قلنا: نعم هذا ثبت بالسنة والقسمان الأولان ثبتا بالكتاب، ولأنه قتل لا يوجب القود فكانت ديته على العاقلة كقتل الخطأ.

١٤١٩- مسألة: قال: (**والخطأ على ضربين: أحدهما: أن يرمى الصيد أو يفعل ما يجوز له فعله فيئول إلى إتلاف حر مسلمًا كان أو كافرًا فتكون الدية على عاقلته وعليه عتق رقبة مؤمنة**).

فصل: والخطأ على ضربين: أحدهما: أن يرمى الصيد ويفعل ما له فعله فيئول إلى إتلاف إنسان معصوم فعليه الكفارة والدفع على العاقلة بغير خلاف قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن القتل الخطأ أن يرمى الرامى شيئًا فيصيب غيره لا أعلمهم

---

(٣١) أخرجه البخارى (١٢/ ح٦٩١٠/ فتح) ومسلم (٣/ قسامة/ ٣٤/ ١٣٠٩) وأبو داود فى «الديات» (٤/ ٤٥٦٨) وابن ماجه (٢/ ٢٦٣٩) بنحوه، والنسائى (٨/ ح٤٨٣٣) والترمذى (٤/ ح١٤١١) والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢٣٨٢) والبيهقى (٨/ ٧٠، ١٠٥) والطيالسى (٢٣٠١، ٢٣١٦) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٢٣٦، ٢٧٤، ٤٣٨).

(٣٢) تقدم برقم (٥) مسألة رقم (١٤١٦).

(٣٣) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٤/ ٤٥٦٥) من حديث عبد الله بن عمر وأحمد فى «مسنده» (٢/ ١٨٣) أحمد شاكر (٦٧١٨) وقال: إسناده صحيح.

وجملته أن الخطأ أن يفعل فعلاً لا يريد به إصابة المقتول فيصيبه ويقتله مثل أن يرمى صيداً أو هدفًا فيصيب إنسانًا فيقتله قال ابن المنذر(٣٤): أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن القتل الخطأ أن يرمى الرامى شيئًا فيصيب غيره لا أعلمهم يختلفون فيه هذا قول عمر ابن عبد العزيز وقتادة والنخعى والزهرى وابن شبرمة والثورى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى فهذا الضرب من الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة فى مال القاتل بغير خلاف نعلمه، والأصل فى وجوب الدية والكفارة قول الله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُوا﴾ (النساء: ٩٢) وسواء كان المقتول مسلمًا أو كافرًا له عهد لقول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ (النساء: ٩٢) ولا قصاص فى شىء من هذا، لأن الله تعالى أوجب به الدية ولم يذكر قصاصًا وقال النبى ﷺ: «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»(٣٥) ولأنه لم يوجب القصاص فى عمد الخطأ ففى الخطأ أولى.

فصل: وإن قصد فعلاً محرمًا فقتل آدميًا مثل أن يقصد قتل بهيمة أو آدميًا معصومًا فيصيب غيره فيقتله فهو خطأ أيضًا، لأنه لم يقصد قتله وهذا مذهب الشافعى، وكذلك قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القتل الخطأ أن يرمى الرامى شيئًا فيصيب غيره، ويتخرج على قول أبى بكر أن هذا عمد لقوله فيمن رمى نصرانيًا فلم يقع به السهم حتى أسلم أنه عمد يجب به القصاص لكونه قصد فعلاً محرمًا قتل به إنسانًا.

١٤٢٠- **مسألة:** قال: (والضرب الثانى: أن يقتل فى بلاد الروم من عنده أنه كافر ويكون قد أسلم وكتم إسلامه إلى أن يقدر على التخلص إلى أرض الإسلام فيكون عليه فى ماله عتق رقبة مؤمنة بلا دية لقول الله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾).

يختلفون فيه هذا قول عمر بن عبد العزيز وقتادة والنخعى والزهرى وابن شبرمة والثورى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى والأصل فى وجوب الدية والكفارة قول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُوا﴾ سواء كان المقتول مسلمًا أو كافرًا له عهد لقول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ ولا قصاص فى شىء من هذا، لأن الله تعالى أوجب به الدية ولم يذكر قصاصًا وقال النبى ﷺ: «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأنه لم يوجب القصاص فى عمد الخطأ ففى الخطأ أولى.

الضرب الثانى: أن يقتل فى دار الحرب من يظنه حربيًا ويكون مسلمًا أو يرمى إلى صف الكفار فيصيب مسلمًا أو يتترس من الكفارة بمسلم ويخاف على المسلمين إن لم يرمهم

---

(٣٤) انظر الإجماع لابن المنذر (١٣٤/ ٦٥٦).

(٣٥) تقدم برقم (١٦) مسألة رقم (١٤١٦).

هذا الضرب الثانى من الخطأ وهو أن يقتل فى أرض الحرب من يظنه كافرًا ويكون مسلمًا ولا خلاف فى أن هذا خطأ لا يوجب قـصاصًا، لأنه لم يقـصد قتل مـسلم فأشبـه ما لو ظنه صيـدًا فبان آدمـيًا إلا أن هذا لا تجب به دية أيضًا ولا يجـب إلا الكفارة، وروى هذا عن ابن عباس وبه قال عـطاء ومجاهد وعكرمة وقتادة والأوزاعى والثـورى وأبو ثور وأبو حنيفة، وعن أحمد رواية أخرى تجب به الدية والكفارة وهو قول مالك والشافعى لقول الله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ (النسـاء: ٩٢) وقال ﷺ: «ألا إن فى قتيل خطأ العمد قتـيل السوط والعصا مائة من الإبل»(٣٦) ولأنه قتل مسلمًا خـطأ فوجبت ديته كما لو كان فى دار الإسلام.

فيـرميـهم فيقـتل المسلم، فـهذا تجب به الكفـارة روى ذلك عن ابن عباس، وبـه قال عطاء ومجاهد وعكرمة وقتادة والأوزاعى وأبو حنيفة وفى وجوب الدية على العاقلة روايتان.

إحداهما: تجب وهو قول مالك والشافعى لقول الله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُوا﴾ وقال ﷺ: «ألا إن فى قتيل خطأ العمد قتيل السـوط والعصى مـائة من الأبل»(3) ولأنه قتل مسلمًـا خطأ فوجبت ديته كـما لو كان فى دار الإسلام والثانية: لا تجب الدية لقول الله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ ولم يذكر دية، وتركه ذكرها فى هذا القسم مع ذكرها فى الذى قبله وبعده ظاهر فى أنها غير واجبـة، وذكره لهذا قسمًا مفرادًا على أنه يدخل فى عمـوم الآية التى احتجوا بها ويخص بها عموم الخبر الذى رووه، وهذا ظاهر المذهب.

36- مـسـألة: (**والذى أجرى مـجرى الخطأ كالنائم ينقلب على إنسـان فيقـتله أو يقتل بالسبـب مثل أن يحفـر بئرًا أو ينصب سكيـنًا أو حجرًا فـيؤل إلى إتلاف إنسـان وعمـد الصبى والمـجنون**) فهذا كله لا قصاص فيه، والدية على العاقلة، وعليه الكفارة فى ماله، لأنه خطأ فيكون هذا حكمه لما ذكرناه.

فـصل: قال رحمه الله: (**ويقتل الجماعة بالواحـد إذا كان فعل كل واحد منهم لو انفرد أوجب القـصاص عليـه**) روى ذلك عن عمر وعلى والمغيرة بن شـعبة وابن عباس، وبه قال سعيـد بن المسيب والحسن وأبو سلـمة وعطاء وقتادة وهو مذهب مـالك والثورى والأوزاعى والشافـعى وإسحاق وأبى ثور وأصحـاب الرأى، وعن أحمد رواية أخـرى: لا يقتلون وتجب الدية عليهم، والمذهب الأول يروى ذلك عن ابن الزبير والزهرى وابـن سيرين وحبيب بن أبى ثابت وعبد الملك وربيعـة وداود وابن المنذر وحكاه ابن أبى موسى عن ابن عباس وروى ذلك عن معاذ وابـن الزبير والزهرى: أنه يقتل منهم واحد ويأخـذ من الباقين حصـصهم من الدية،

---

(٣٦) تقدم تخريجه فى الحديث رقم (٥) مسألة رقم (١٣١٦).

(3) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٢/ ١١) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٤٤) وإسناده صحيح.

ولنـــا: قـول الله تـعــالـى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ (النســاء: ٩٢) ولم يذكر دية، وتركه ذكرها فى هذا القسم مع ذكرها فى الذى قبله وبعده ظاهر فى أنها غير واجبة، وذكره لهذا قسمًا مفردًا يدل على أنه لم يدخل فى عموم الآية التى احتجوا بها، ويخص بها عموم الخبر الذى رووه.

لأن كل واحد منـهم مكافئ له فلا يستوفى أبدًا إلا ببدل واحـد كما لا تجب ديات لمقـتول واحد، ولأن الله تعالى قال ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ﴾ (البقرة: ١٧٨) وقال: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ (المائدة: ٤٥) ومقتضاه أنه لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة، ولأن التفاوت فى الأوصاف يمنع بدليل أن الحر لا يؤخذ بالعبـد، فالتفاوت فى العدد أولى، قال ابن المنذر: لا حجة مع من أوجب قتل الجماعة بواحد.

ولنا: إجماع الصحابـة ﷺ فروى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخـطاب قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجـلاً وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعـاء لقتلتهم جميـعًا، وعن على أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلاً، وعن ابـن عباس أنه قتل جمـاعة بواحد، ولم يعرف فى عصـرهم مخالف فكان إجماعًـا، لأنها عقوبة تجب لـلواحد على الواحد فوجـبت للواحد على الجماعـة كحد القذف ويفارق الدية، فإنها تتبعض، والقصاص لا يتبعض، ولأن القصاص لو سقط بالاشتراك أدى إلى التسارع إلى القتل به فيؤدى إلى إسقاط حكمة الردع والزجر.

37- مسألة: (وإن جرحه أحدهما جرحًا والآخر مائة فهما سواء فى القصاص والدية).

وجــملة ذلك: أنه لا يعتبر فى وجوب القصاص على المشـتركين التساوى فى سببه فلو جرحه أحـدهما جرحًا والآخر مـائة أو أوضحه أحدهما وشـجه الآخر آمة أو أحدهمـا جائفة والآخر غير جائفة فمات كانا سواء فى القصاص والدية، لأن اعتبار التساوى يفضى إلى سقوط القصاص عن المـشتركين إذ لا يكاد جرحـان يتساويان من كل وجه، ولو احتـمل التساوى لم يثبت الحكم، لأن الشرط يعتـبر العلم بوجوده ولا يكتفى باحتمـال الوجود بل الجهل بوجوده كالعلم بعدمه فى إسـقاط الحكم، لأن الجرح الواحد يحتمل أن يمـوت منه دون المائة، كما يحتمل أن يمـوت من الموضحة دون الآمة ومـن غير الجائفة دون الجـائفة، ولأن الجراح إذا صارت نفسًا سقط اعتبارها فكان حكم الجماعة كحكم الواحد ألا ترى أنه لو قطع أطرافه كلها فمات وجبت دية واحدة كما لو قطع طرفه فمات.

فـصل: إذا اشترك ثلاثة فى قـتل رجل فقطع أحدهم يده والآخر رجـله وأوضحه ثالث فمات فللولى قتل جميعهم والعفو عنهم إلى الدية، فيأخذ من كل واحد ثلثها وله أن يعفو عن واحد فيأخذ منه ثلث الدية ويقتل الآخرين وأن يعفـوا عن اثنين فيأخذ منهما ثلثى الدية ويقتل الثـالث وإن برأت جراحـة أحدهم ومـات من الجرحـين الآخرين فله أن يقـتص من الذى برأ جرحه بمثل جرحه ويقتل الآخرين أو يأخذ منهـما دية كاملة أو يقتل أحدهما ويأخذ من الآخر

١٤٢١- **مسألة:** قال: (ولا يقتل مسلم بكافر).

أكثر أهل العلم لا يوجـبون على مسلم قصـاصًا بقتل كافر أى كـافر كان، روى ذلك عن عمر وعثمان وعلى وزيد بن ثابت ومعاوية ﷺ، وبـه قال عمر بن عبد العزيز وعطاء والحسن وعكرمة والزهرى وابن شبرمـة ومالك والثورى والأوزاعى والشافعى وإسحـاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر، وقال النخعى والشـعبى وأصحاب الرأى: يقتل المسلم بـالذمى خاصة، قال أحمد: الشعبى والنخعى قالا: دية المجـوسى واليهودى والنصرانى مثل دية المسلم، وإن قتله يقتل به، هذا عجـب يصير المجوسى مـثل المسلم سبحـان الله، ما هذا القول؟ واستبـشعه،

نصف الدية، وله أن يعفوا عن الذى برأ جرحه، ويأخذ منه دية جرحه، وإن ادعى الموضح أن جرحه برأ قبل مـوته وكذبه شريكاه نظرت فى الولى، فإن صدقة ثبت حكم البـرء بالنسبة إليه فلا يملك قـتله ولا مطالبته بثـلث الدية، وله أن يقتص منه موضـحة أو يأخذ منه أرشـها ولم يقبل قوله فى حق شريكيه، لأن الأصل عدم البرء فيها لكن إن اختار الولى القصاص فلا فائدة لهما فى إنكار ذلك، لأن له أن يقتلهما سواء برأت أو لم تبرأ وإن اختار الدية لم يلزمهما أكثر من ثلثيها وإن كذبه الولى حلف وله الاقتـصاص منه أو مطالبته بثلث الدية ولم يكن له مطالبة شريكه بأكثر من ثـلثيها، وإن شهد له شريكاه ببـرئها لزمها الدية كاملة لإقرارهـمـا بوجوبهما، وللولى أخذها منـهما إن صدقـهما، وإن لم يصـدقهمـا وعفى إلى الدية لم يكن له أكـثر من ثلثها، لأنه يدعى أكثر من ذلك وتقبل شهادتهـما إن كانا قد تابا وعدلا، لأنهما لا يجران إلى أنفسهما بذلك نفعًا فيسقط القصاص ولا يلزمه أكثر من أرش موضحة.

38- **مسألة:** (وإن قطع أحدهما يده من الكوع والآخر من المرفق فهما قاتلان).

أما إذا برأت جراحة الأول قبل قطع الثانى فالقاتل الثانى وحده وعليه القود أو الدية كاملة إن عفا عن قتله فله قطع يد الأول أو نصف الدية، وإن لم تبرأ فهمـا قاتلان وعليهما القصاص فى النفس أو الدية إن عفا عنهما وبهذا قال الشـافعى، وقال أبو حنيفة: القاتل هو الثانى وحده ولا قصاص على الأول فى النـفس، لأن قطع الثانى قطع سراية قطعة ومـات بعد زوال جنايته فأشبـه ما لو اندمل جرحه، وقـال مالك: إن قطعه الثانى عقـيب قطع الأول قتلاً جمـيعًا وإن عاش بعد قطع الأول حتـى أكل وشرب ومات عقيب قطع الثانى فالقـاتل هو الثانى وحده وإن عاش بعدهما حتى أكل وشرب فللأولياء أن يقسموا على أيهما شاء ويقتلوه.

ولنا: أنهما قطعان لو مـات بعد كل واحد منهما وحده لوجب عليه القـصاص، فإذا مات بعدهما وجب عليهما القصاص، كما لو كانا فى يدين، ولأن القطع الثانى لا يمنع حياته بعده فلا يسقـط حكم ما قبله، كمـا لو كانا فى يدين ولا نسلم زوال جنايته ولا قطع سـرايته، فإن الألم الحـاصل بالقطع الأول لم يزل، وإنـما انضم إلـيه الألم الثـانى فـضعـفت النفس عن احتـمالهما فـزهقت بهما فكان القـتل بهما، ويخالـف الاندمال فإنه لا يبقى مـعه الألم الذى

وقال: النبى ﷺ يقول: «لا يقتل مسلم بكافر»(٣٧) وهو يقول: يقتل بكافر، فأى شيء أشد من هذا؟ واحتجوا بـالعمومات التى ذكرناها فى أول الباب، وبمـا روى ابن البيلمانى أن النبى ﷺ أقاد مسلمًا بذمى وقال: «أنا حق من وفى بذمته»(٣٨) ولأنه معصوم عصمة مؤبدة فيقتل به قاتله كالمسلم.

حصل فى الأعضاء الشريفة فافتـرقا، وإن ادعى الأول أن جرحه اندمل فصدقه الوّلى سقط عنه القتل ولزمه القصاص فى اليد أو نصف الدية وإن كذبه شريكه واختار الولى القصاص فلا فائدة له فى تكذيبه، لأن قتله واجب، وإن عـفا عنه إلى الدية فالقول قوله مع يمينـه ولا يلزمه أكثر من نصف الدية، وإن كذب الولى الأول حلـف وكان له قتله، لأن الأصل عدم مـا ادعاه وإن ادعى الثانى اندمال جرحه فالحكم فيه كالحكم فى الأول إذا ادعى ذلك.

39- **مـسـألة: (وإن فعل أحدهمـا فعلاً لا تبقى معـه الحياة كقطع حشـوته أو مريئه أو ودجيه ثم ضرب عنقه آخر فـالقاتل هو الأول ويعزر الثانى، وإن شق الأول بطنه أو قطع يده ثم ضرب الثانى عنقه فالثانى هو القاتل وعلى الأول ضمان ما أتلف بالقصاص والدية).**

وجـــملة ذلك: أنه إذا جنى عليه اثنان جنايتين نظرنا فإن كـانت الأولى أخرجته من حكم الحياة مثل قطع حشوته وإبانتها منه أو ذبحه ثم ضرب عنقه الثانى فالأول وهو القاتل، لأنه لا يبقى مع جنايته حـياة والقود عليه خاصـة ويعزر الثانى كما لو جنى على مـيت وإن عفا الولى إلى الدية فهى على الأول وحـده، وإن كان جرح الأول تبقـى الحياة معـه مثل شق البطن من غير إبانة الحشـوة أو قطع طرف ثم ضرب عنقه آخر فالثانى هو القـاتل، لأنه لم يخرج بجرح الأول عن حكم الحياة فيكون الثانى هو المفوت لها فعليه القصاص فى النفس والدية كاملة إن عفا عنه ثم ينظر فى جرح الأول فإن كان موجبًا للقصاص كقطع الطرف فالولى مخير بين قطع طرفه والعفو على ديتـه أو العفو مطلقًا، وإن كان لا يوجب القصاص كالجائـفة ونحوها فعليه

---

(٣٧) أخرجـه البخارى فـى كتاب «الديات» (١٢/ ح٦٩١٢/ فـتح) من حديث على ﷺ والتـرمذى (٤/ ١٤١٢) والنسائى (٨/ ٤٧٤٨) والدارمى (٢/ ٢٣٥٦) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٧٩) وابن ماجه (٢/ ٢٦٥٩) والبيهقى (٨/ ٢٨) والإرواء (٢٢٠٨).

(٣٨) أخرجه الدارقطنى فـى «مسنده» (٣/ ١٣٤/ ١٣٥) عن ابن البيلمانى مرسـلاً، وقال الدارقطنى: وابن البيلمـانى ضعيف لا تقـوم به حجة إذا وصل الحـديث فكيف بما يرسله، والله أعلم. والبيـهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٣١) وقال: إن ربيـعة إنما أخذه عن إبراهيم بن محمـد بن أبى يحيى والحديث يدور عليه وقـال الزيلعى: إبراهيم بن يحيى أحد العلمـاء والضعفاء، يقـول يحيى بن سعيـد: سألت مالكًا عنه أكان ثقة فى الحـديث فقال: لا، ولا فى دينه، وقال القطان: أكثر النسيـان، وقال أحمد: «تركت أحاديثه قدرى معتزلى يروى أحاديث ليس لها أصل» قال البخارى: تركه ابن المبارك والناس، قال النسائى والدارقطنى وغيرهما: متروك.

ولنا: قول النبى ﷺ: «المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم، ولا يقتل مؤمن بكافر» رواه الإمام أحمد وأبو داود، وفى لفظ [لا يقتل مسلم بكافر] رواه البخارى وأبو داود(٤٠)، وعن على رضي الله عنه قال: من السنة ألا يقتل مسلم بكافر، رواه الإمام أحمد(٤١)، ولأنه منقوص بالكفر فلا يقتل به المسلم كالمستأمن، والعمومات مخصوصات بحديثنا،

الأرش وإنما جعلنا عليه القصاص، لأن الثانى بفعله قطع سراية الأول فصار كالمندمل الذى لا يسرى وهذا مذهب الشافعى ولا أعلم فيه مخالفًا، ولو كان جرح الأول يفضى إلى الموت لا محالة إلا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى الحياة المستقرة مثل خرق المعى أو أم الدماغ فضرب الثانى عنقه فالقاتل هو الثانى، لأنه فوت حياة مستقرة وقتل من هو فى حكم الحياة بدليل أن عمر رضي الله عنه لما جرح دخل عليه الطبيب فسقاه لبنًا فخرج يصلد فعلم الطبيب أنه ميت فقال: اعهد إلى الناس فعهد إليهم وأوصى وجعل الخلافة إلى أهل الشورى فقبل الصحابة عهده وأجمعوا على قبول وصاياه لما كان حكم الحياة باقيًا كان الثانى مفوتًا لها فكان هو القاتل كما لو قتل عليلاً لا يرجى برء علته.

40- **مسألة:** (**فإن رماه من شاهق فتلقاه آخر بسيف فقده فالقصاص على الثانى**).

لأنه فوت حياته قبل المصير إلى حياة ييئس فيها من حياته، فأشبه ما لو رماه إنسان بسهم قاتل فقطع آخر عنقه قبل وقوع السهم به أو ألقى عليه صخرة فأطار رأسه بالسيف قبل وقوعها عليه وبهذا قال الشافعى: إن رماه من مكان يجوز أن يسلم منه وإن رماه من شاهق لا يسلم منه الواقع ففيه وجهان: **أحدهما**: كقولنا **والثانى**: الضمان عليهما بالقصاص والدية عند سقوطه، لأن كل واحد منهما سبب للإتلاف.

ولنا: أن الرمى سبب والقتل مباشرة فانقطع حكم السبب كالدافع مع الحافر والجارح مع الذابح وكالصور التى ذكرناها وما ذكروه باطل بالأصول المذكورة.

41- **مسألة:** (**وإن ألقاه فى لجة فالتقمه الحوت فالقود على الرامى فى أحد الوجهين**).

إذا كانت اللجة لا يمكنه التخلص منها فالقود على الرامى، لأنه ألقاه فى مهلكة هلك بها من غير واسطة يمكن إحالة الحكم عليها أشبه ما لو مات بالغرق أو هلك بوقوعه على صخرة، والثانى: لا قود عليه، لأنه لم يهلك بها أشبه ما لو قتله آدمى آخر، فأما إن ألقاه فى ماء يسير فأكله سبع أو التقمه حوت أو تمساح فلا قود عليه، لأن الذى فعله لا يقتل غالبًا وعليه ضمانه، لأنه هلك بفعله.

---

(٤٠) تقدم برقم (٣٧).

(٤١) أخرجه الدارقطنى فى «سننه» (٣/ ١٣٤) وابن أبى شيبه فى كتاب «الديات» باب «لا يقتل مسلم بكافر» (٩/ ٢٩٥) من طريق إسرائيل عن جابر عن عامر قال: قال على... فذكره، وإسناده ضعيف جدًا، فيه جابر الجعفى وقد تفرد به كما قال البيهقى فى المعرفة وهو متروك كما قال الدارقطنى.

وحديثـهم ليس له إسناد قاله أحـمد وقال الدارقطني: يرويه ابن الـبيلماني، وهو ضـعيف إذا أسند، فكيف إذا أرسـل؟ والمـعنى فى المـسلم أنه مكافـئ للمـسلم بخـلاف الذمى، فـأمـا المستأمن، فوافق أبو حنيفة الجماعة فى أن المسلم لا يقاد به، وهو المشهور عن أبى يوسف، وعنه: يقتل به لما سبق فى الذمى.

42- مسألة: (وإن أكره إنسان على القتل فقتل فالقصاص عليهما).

وقال أبو حنيـفة: يجب القصـاص على الآمر دون المأمـور، لأن المأمور صـار بالإكراه بمنزلة الآلة والقـصاص إنما يـجب على مستـعمل الآلة لا على الآلة، وقـال أبو يوسف: لا يجب على واحـد منهما، لأن الآمـر غير مـباشـر إنما هو متـسبب والقصـاص لا يجب على المتسبب مع المباشر دليله الدافع مع الحافر والمأمور مسلوب الاختيار، وقال زفر: يجب على المأمور ولا يجب على الآمر، لأن المأمور مباشر فيجب عليه وحده كالدافع مع الحافر.

ولنا: على أبى حنيفـة أن المأمور قاتل فوجـب عليه القصاص كمـا لو لم يأمر، والدليل على أنه قاتل أنه ضرب بالسيف، ولأن القتل جرح أو فـعل يتعقبه الزهوق وهذا كذلك، ولأنه يأثم إثم القـاتل قولهم إنه بـمنزلة الآلة لا يصح، فإنه يأثـم والآلة لا تأثم قولهم إنه مـسلوب الاختيار لا يصح فـإنه قصد استبقاء نفـسه بقتل هذا، هذا يدل على قصده واختـيار نفسه ولا خلاف فى أنه يأثم ولو سلم الاختيار لم يأثم كالمجنون، والدليل على أن الآمر قاتل أنه تسبب إلى قتله بما يفضى إليه غالبًا فوجب عليه القصـاص كما لو أنهشه حية أو أسد أو رماه بسهم، ولأنه ألجأه إلى الهلاك أشبه ما لو ألقاه عليه.

43- مسألة: (وإن أمر من لا يميز أو مجنونًا أو عبده الذى لا يعلم أن القتل محرم فقتل فالقصاص على الآمر).

إذا أمر عـبده بقتل رجل وكـان العبد مـمن لا يعلم تحريم القـتل كمن نشأ فى غـير بلاد الإسلام وجب القـصاص على الآمر، فأمـا إن أقام فى بلاد الإسلام بين أهله فلا يخـفى عليه تحريم القتل ولا يعذر فى فـعله، ومتى كان عالمًا بذلك فالقصاص على الـعبد، ويؤدب سيده لأمره بما أفضى إلى القتل بما يراه الإمام من الحبس والتعزير، وإذا لم يكن عالمًا أدب العبد، ونقل أبو طالب عن أحمـد قال: يقتل المـولى ويحبس العبـد حتى يموت، لأن العبـد سوط المولى وسـيفه، كذا قـال على وأبو هريرة قال على ﷺ يستـودع السجن، وممن قـال بهذه الجملة الشافعى وممن قال: إن السيد يقتل على وأبو هريرة، وقال قتادة: يقتلان جميعًا، وقال سليمان بن موسى: لا يقتل الآمر ولكن يديه ويعـاقب ويحبس، لأنه لم يباشر القتل ولا ألجأ إليه فلم يجب عليه القصاص، كما لو علم العبد خطر القتل.

ولنا: أن العبد إذا لم يكن عالمًا بخطر القتل فهو معتقد إباحته وذلك شبهة تمنع القصاص كما لو اعتقده صيدًا فرماه فـقتل إنسانًا، ولأن حكمة القصاص الزجر والردع ولا يحصل ذلك

ولنا: أنه ليس بمحقون الدم على التأبيد، فأشبه الحربى مع ما ذكرنا من الدليل فى التى قبلها.

فـــصل: فإن قتل كافر كافرًا، ثم أسلم القاتل، أو جرحه ثم أسلم الجارح، ومات المجروح، فقال أصحابنا: يقتص منه، وهو قول الشافعى، لأن القصاص عقوبة فكان الاعتبار فيها بحال وجوبها دون حال استيفائها كالحدود، لأنه حق وجب عليه قبل إسلامه، فلم يسقط

فى معتقد الإباحة، وإذا لم يجب عليه وجب على السيد، لأنه آلة لا يمكن إيجاب القصاص عليه فوجب على المتسبب به كما لو أنهشه حية فقتلته أو ألقاه فى زبية أسد فأكله، ويفارق هذا ما إذا علم خطر القتل فالقصاص على العبد لإمكان إيجابه عليه وهو مباشر له فانقطع حكم الآمر كالدافع مع الحافر، ولو أمر صبيًا لا يميز أو مجنونًا أو أعجميًا لا يعلم خطر القتل فقتل فالحكم فيه كالحكم فى العبد يقتل الآمر دون المباشر، فأما إن أمره بزنا أو سرقة ففعل لم يجب الحد على الآمر، لأن الحد لا يجب إلا على المباشر والقصاص يجب بالتسبب ولذلك وجب على المكره والشهود فى القصاص.

44- مسألة: (وإن أمر كبيرًا عاقلاً عالمًا بتحريم القتل به فقتل فالقصاص على القاتل).

لا نعلم فيه خلافًا، لأنه قاتل ظلمًا فوجب عليه القصاص كما لو لم يؤمر.

45- مسألة: (وإن أمر السلطان بقتل إنسان بغير حق من يعلم ذلك فالقصاص على القاتل وإن لم يعلم فعلى الآمر).

إذا كان المأمور يعلم أن المأمور بقتله لا يستحق القتل فالقصاص عليه، لأنه غير معذور فى فعله فإن النبى ﷺ قال: «لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق»(4) وعنه ﷺ أنه قال: «من أمركم من الولاة بمعصية الله فلا تطيعوه»(5) فلزم القصاص كما لو أمره غير السلطان، وإن لم يعلم ذلك فالقصاص على الآمر دون المأمور، لأن المأمور معذور لوجوب طاعة الإمام فى غير المعصية، والظاهر أنه لا يأمر إلا بالحق وإن كان الآمر غير السلطان فالقصاص على القاتل بكل حال علم أو لم يعلم، لأنه لا يلزمه طاعته وليس له القتل بخلاف السلطان فإن إليه القتل فى الردة والزنا وقطع الطريق إذا قتل القاطع ويستوفى القصاص للناس وهذا ليس إليه شىء من ذلك.

فصل: إذا أكرهه السلطان على قتل أحد أو جلده بغير حق فمات فالقصاص عليهما وقد ذكرناه، وإن وجبت الدية كانت عليهما فإن كان الإمام يعتقد جواز القتل دون المأمور كمسلم قتل ذميًا أو حر قتل عبدًا فقتله، فقال القاضى: الضمان عليه دون الإمام، لأن الإمام أمره بما

---

(4) أخرجه مسلم (٣/ إمارة/ ١٤٦٩) وأبو داود فى «سننه» (٣/ ٢٦٢٥) والنسائى (٧/ ح٤٢١٦) وأحمد فى «مسنده» (١/ ١٣١).

(5) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (٢/ ح٢٨٦٣) وأحمد فى مسنده (٣/ ٦٧) وإسناده حسن.

بإسلامـه كالدين، ويحـتمل أن لا يقتـل به وهو قول الأوزاعى لقول النـبى ﷺ: «لا يقتل مسلم بكافر» ولأنه مؤمن فـلا يقتل بكافر كما لو كان مؤمنًا حال قـتله، ولأن إسلامه لو قارن السبب منع عمله فإذا طرأ سقط حكمه.

أدى اجتهاده إليه والمأمور يعتقد تحريمه فلم يكن له أن يقبل أمره فإذا قبله لزمه الضمان، لأنه قتل من لا يحل له قتله، قال شيخنا: وينبغى أن يفرق بين العامى والمـجتهد فإن كان مجتهدًا فالحكم فيه على ما ذكره القاضى وإن كان مقلدًا فلا ضمان عليه، لأن له تقليد الإمام فيما رآه وإن كان الإمام يعتقد تحريمه، والقاتل يعتقد حـله فالضمان على الآمر كما لو أمر السيد عبده الذى لا يعتقد تحريم القتل به.

45- مسألة: (وإن أمسك إنسانًا لآخر فقتله قتل القاتل وحبس الممسك حتى يموت فى إحدى الروايتين).

أما وجوب القـصاص على القاتل فلا خلاف فيـه، لأنه قتل من يكافئه عمـدًا بغير حق، وأما الممسك فإن لم يعلم أن القاتل يقتله فلا شىء عليه، لأنه مـتسبب والقاتل مباشر فيسقط حكم المتسبب، وإن أمسكه له ليقتله مثل أن أمسكه حتى ذبحه فاختلفت الرواية فيه عن أحمد فروى عـنه أنه يحبس حـتى يموت وهذا قـول عطاء وربيعـة وروى ذلك عن على وروى عن أحمد أنه يقتل أيضًـا وهو قول مالك قال سليمان بن موسى: الاجتمـاع فينا أن يقتلا، لأنه لو لم يمسكه ما قدر على قتـله وبإمساكه تمكن من قتله فالقتل حاصل بفعلـهما فيكونان شريكين فيه فيجب عليهما القصاص كـما لو جرحاه، وقال أبو حنيفة والشافعى وأبو ثور وابن المنذر: يعاقب ويـأثم ولا يقتل لأن النبى ﷺ قـال: «إن أعتى الناس على الله من قـتل غيـر قاتله» والممسك غير قاتل، ولأن الإمساك سبب غير ملجئ فـإذا اجتمعت معه المباشرة كان الضمان على المباشر كما لو لم يعلم الممسك أنه يقتله.

ولنا: ما روى الدارقطنى(6) بإسناده عن ابن عمر أن النبى ﷺ قال: إذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذى قـتل ويحبس الذى أمسك، لأنه حبسه إلى الموت فـيحبس الآخر إلى الموت كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فإنا نفعل به ذلك حتى يموت.

فـصل: فإن اتبع رجلاً ليقتله فهرب منه فأدركه آخر فقطع رجله ثم أدركه الثانى فقتله فإن كان الأول حبـسه بالقطع ليقـتله الثانى فعليـه القصاص فى القطع، وحكمه فى القـصاص فى النفس حكم الممسـك، لأنه حبسه على القتل، وإن لم يقـصد حبسه فعـليه القطع دون القتل كالذى أمـسكه غير عالم وفـيه وجه آخر ليس عليـه إلا القطع بكل حال، والأول أصح، لأنه الحابس له بفعله فأشبه الحابس بإمساكه، **فإن قـيل:** فلم اعتبرتـم قصد الإمساك هـهنا وأنتم لا

---

(6) أخرجـه الدارقطنى فى «السنن» (٣/ ١٤٠) والبيـهقى فى «السنن الكبـرى» (٨/ ٥٠) ورجح المرسل، وقال: غير محفوظ، قال الدارقطنى: والإرسال أكثر، قال الحافظ فى بلوغ المرام: رجاله ثقات.

فصل: وإن جرح مسلم كافراً فأسلم المجروح ثم مات مسلمًا بسراية الجرح لم يقتل به قاتله، لأن التكافؤ معدوم حال الجناية وعليه دية مسلم، لأن اعتبار الأرش بحالة استقرار الجناية بدليل ما لو قطع يدى رجل ورجليه فسرى إلى نفسه دية واحدة، ولو اعتبر حال الجرح وجب ديتان، ولو قطع حر يد عبد، ثم عتق ومات لم يجب قصاص لعدم التكافؤ حال

تعتبرون إرادة القتل فى الجارح؟ قلنا: إذا مات من الجرح فقد مات من سرايته وأثره فيعتبر قصد الجرح الذى هو السبب دون قصد الأثر وفى مسألتنا إنما كان موته بأمر غير السراية والفعل ممكن له فاعتبر قصده لذلك الفعل كما لو أمسكه.

46- **مسألة:** (وإن كتفه وطرحه فى أرض مسبعة أو ذات حيات فقتلته فحكمه حكم الممسك).

ذكره القاضى وقد مضى الكلام فيه قال شيخنا: والصحيح أنه لا قصاص فيه، لأنه مما لا يقتل غالبًا وتجب فيه الدية، لأنه فعل به فعلاً معتمداً لا يقتل غالبًا فتلف به فهو شبه عمد وهكذا ذكره فى كتابه الكافى.

فصل: وإن اشترك فى القتل اثنان لا يجب القصاص على أحدهما كالأب والأجنبى فى قتل الولد والحر والعبد فى قتل العبد والخاطئ والعامد ففى وجوب القصاص على الشريك روايتان أظهرهما وجوبه على شريك الأب والعبد وسقوطه عن شريك الخاطئ ظاهر المذهب وجوب القصاص على شريك الأب وبه قال مالك والشافعى وأبو ثور وعن أحمد رواية أخرى لا قصاص على واحد منهما وهو قول أصحاب الرأى، لأنه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كقتل العامد والخاطئ والصبى والبالغ والمجنون والعاقل.

ولنا: أنه شارك فى القتل العمد العدوان فيمن يقتل له لو انفرد بقتله فوجب عليه القصاص كشريك الأجنبى وقولهم: إن فعل الأب غير موجب ممنوع فإنه يقتضى الإيجاب لكونه تمحض عمداً عدوانًا والجناية به أعظم إثما وأكبر جرمًا، ولذلك خصه الله تعالى بالنهى فقال: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ﴾ (الإسراء: ٣١) ثم قال: ﴿إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾ (الإسراء: ٣١) ولما سئل النبى ﷺ عن أعظم الذنب قال: «أن تجعل لله نداً وهو خلقك ثم أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك»[7] فجعله أعظم الذنوب بعد الشرك، ولأنه قطع للرحم التى أمر الله بوصلها ووضع الإساءة موضع الإحسان فهو أولى بإيجاب العقوبة والزجر عنه، وإنما امتنع الوجوب فى حق الأب لمعنى مختص بالمحل لا لقصور فى السبب الموجب فلا يمنع عمله فى المحل الذى لا مانع فيه، وأما شريك الخاطئ ففيه روايتان: إحداهما: يجب القصاص فهو كمسألتنا ومع التسليم فامتناع الوجوب فيه لقصور السبب عن الإيجاب، فإن فعل الخاطئ

---

(7) متفق عليه: أخرجه البخارى فى الصحيح من كتاب «التفسير» (٦/ ٢٢، ١٣٧/ فتح) ومسلم (١/ إيمان/ ٩٠، ٩١).

الجناية، وعلى الجانى ديـة حر اعتبـاراً بحال الاستقـرار، وهذا قول ابن حامـد، وهو مذهب الشافعى، وللسيـد أقل الأمرين من نصف قيمته أو نصف دية حـر والباقى لورثته، لأن نصف قيـمته إن كانت أقـل فهى التى وجدت فى ملكه، فـلا يكون له أكثر منهـا، لأن الزائد حصل بحريته، ولا حق له فـيما حصل بهـا، وإن كان الأقل الدية لم يستحق أكـثر منها، لأن نقص القيمـة حصل بسبب من جهة السيـد وإعتاقه، وذكر القـاضى: أن أحمد نص فى رواية حنبل فيمن فـقأ عينى عبد، ثم أعـتق ومات، أن الجانى قيـمته للسيد، وهذا يدل على أن الاعـتبار بحال الجناية، وهذا اختيار أبى بكر والقاضى وأبى الخطاب.

غير موجب للقصـاص ولا صالح له والقتل منه ومن شريكه غير متمـحض عمد الوقوع الخطأ فى الفعل الذى حصل به زهوق الروح بخلاف مسألتنا وكذلك كل شريكين امتنع القصاص فى حق أحدهما لمعنى فيه من غير قصور فى السبب فهو فى وجوب القصاص على شريكه كالأب وشريكه كالمسلم والذمى فى قتل ذمى والحر والعبـد فى قتل العبد إذا كان القتل عدوانًا، فإن القصاص لا يجب على المسلم ولا على الحـر ويجب على الذمى والعبد إذا قلنا بوجوبه على شريك الأب، لأن امـتناع القصـاص عن المسلم لإسلامـه وعن الحر لحريـته وانتفـاء مكافأة المقتـول له، وهذا المعنى لا يتعدى إلى فـعل شريكه فلم يسقط القـصاص عنه وقد روى عن أبى عبد الله أنه سئل عن حر وعبد قتلا عبدًا عـمدًا قال: أما الحر فلا يقتل بالعبد، والعبد إن شاء سيده أسلمه وإلا فـداه بنصف قيمة العبد، وظاهر هذا أن لا قصاص على العـبد، فيخرج مثل هذا فى كل قتل شارك فيه من لا يجب عليه القصاص.

فـصل: فإن اشترك فى القتل صبى ومجنون وبالـغ فالصحيح من المذهب أنه لا قصاص على البالغ وبهذا قال الحسن والأوزاعى وإسحاق وأبو حنيفة وأصحابه وهو أحد قولى الشافعى وعن أحمد رواية أخرى: أن القود يجب على البالغ العاقل حكاه ابن المنذر عن أحمد وحكى ذلك عن مالك وهو القـول الثانى للشافعى وروى عن قـتادة والزهرى وحماد، لأن الـقصاص عقوبة يجب عليه جزاء لفعله فمتى كان فعله عمدًا وعدوانًا وجب عليه القصاص، ولا نظر إلى فعل شريكه بحال، ولأنه شارك فى القتل عمدًا عدوانًا فوجب عليه القصاص كشريك الأجنبى وذلك، لأن الإنسان إنما يؤخذ بفـعل نفسه لا بفعل غيره فعلى هذا يعتبـر فعل الشريك منفردًا فمتى تمحض عمـدًا عدوانًا وكان المقتول مكافئًا له وجب عليه القـصاص وبنى الشافعى قوله على أن عمد الصبى والمجنون إذا تعمداه عمد، لأنهـما يقصدان القتل وإنما سقوط القصاص عنهما لمعنى فيهما وهو عدم التكليف فلم يقتض سقوطه عن شريكهما كالأبوة.

ولنا: أنه شارك من لا إثم عليه فى فعله فلم يلزمه قصاص كشريك الخاطئ، ولأن الصبى والمجنون ليس لهمـا قصد صحيح، ولهذا لا يصح إقرارهمـا فكان حكم فعلها حكم الخطأ، ولهذا تحمله العاقلة فيكون الأولى عدم وجوب القصاص.

قال أبو الـخطاب: من قطع يد ذمى ثم أسلم ومات ضـمنه بدية ذمى، ولو قطع يد عـبد فأعتقه سيده ومات، فعلى الجانى قيمته للسيد، لأن حكم القصاص معتبر بحال الجناية، دون حال السـراية، فكذلك الدية، والأول أصح إن شـاء الله، لأن سراية الجرح مـضمـونة، فإذا أتلفت حرّا مسلمًـا وجب ضمانه بدية كاملة، كما لو قـتله بجرح ثان، وقول أحمد فـيمن فقأ عينى عبد: عليه قـيمته للسيد، لا خلاف فيه وإنما الخـلاف فى وجوب الزائد على القيمة من

فصل: ولا يجب القصاص على شريك الخاطئ فى قول أكثر أهل العلم وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى وعن أحمـد أن عليه القصاص وحكى عن مالك، لأنه شـارك فى القتل عمداً عدوانًا فأشبه شريك العامد، ولأن مؤاخذته بفعله وفعله عمد عدوان.

ولنا: أنه قتل لم يتمحض عمداً فلم يجب به القصاص كـشبه العمد، وكما لو قتله واحد بجرحين عمداً أو خطأ، ولأن كل واحد من الشريكين مباشر ومتسبب، فإذا كانا عامدين فكل واحد متسـبب إلى فعل موجب للقصاص فقام فـعل شريكه مقام فعله لتسبـبه إليه، وهـهنا إذا أقمنا فعل الخاطئ مقام فعل العامد صار كأنه قتله بعمد وخطأ وهذا غير موجب والله أعلم.

47- مـسألة: (**وفى شريك السبع وشريك نفسه وجهان**).

وصورة ذلك أن يجرحه أسد أو نمر أو جرحه إنسان ثم جرح هو نفسه متعمداً فهل يجب على شريكه؟ قصاص فيه وجهان ذكرهما أبو عبد الله بن حامد واختلف فيه عن الشافعى وقال أصحاب الرأى: لا قصاص عليه، لأنه شارك من لا قصاص عليه فلم يلزمه القصاص كشريك الخاطئ، ولأنه قـتل تركب من موجب وغيـر موجب فلم يوجب كـالقتل الحاصل من عـمد وخطأ، ولأنه إذا لم يجب على شريك الخاطئ وفعله مـضمون فلأن لا يجب على شريك من لا يضمن فعله أولى، **والوجه الثانى**: عليه القصاص وهو قول أبى بكر، وروى عن أحمد أنه قال إذا جـرحه رجل ثم جـرح الرجل نفسه فـمات فـعلى شريكه القصـاص، لأنه قتل عـمد متمحض فوجب القصاص على الشريك فيـه كشريك الأب فأما إن جرح الرجل نفسه خطأ منه كأن أراد ضرب غيره فأصاب نفسه فلا قـصاص على شريكه فى أصح الوجهين وفيه وجه آخر أن عليه القصاص بناء الروايتين فى شريك الخاطئ.

48- مـسـألة: (**ولو جرحه إنسـان عمداً فداوى جرحه بـسم أو خاطه فى اللحم أو فعل ذلك وليه أو الإمام فمات ففى وجوب القصاص على الجارح وجهان**).

إذا جرحه إنسان فتداوى بسم وكان سم ساعة يقـتل فى الحال فقد قتل نفسه وقطع سراية الجرح وجرى مجرى من ذبح نـفسه بعد أن جرح وينظر فى الجرح فإن كان مـوجبًا للقصاص فلوليه استيفاؤه وإن لم يكن موجبًا فلوليه الأرش، وإن كان السم لا يقتل غالبًا وقد يقتل ففعل الرجل فى نفسـه عمد خطأ والحكم فى شـريكه كالحكم فى شـريك الخاطئ، وإذا لم يجب القصاص فعلى الجارح نصف الدية، وإذا كان السم يقتل غـالبًا بعد مدة احتمل أن يكون عمد

دية الحر للورثة، ولم يذكره أحـمد، ولأن الواجب مقدر بما تفضى إليه الـسراية دون ما تتلفه الجناية بدليل أن من قطعت يداه ورجلاه فسرى القطع إلى نفـسه لم يلزم الجانى أكثر من دية، ولو قطع أصبعًا فـسرى إلى نفسه لوجبت الدية كاملة، فكذلك إذا سـرت إلى نفس حر مسلم تجب ديته كاملة، فأما إن جـرح مرتدًا أو حربيًا، فسرى الجرح إلى نفسه فـلا قصاص فيه ولا دية، سواء أسـلم قبل السـراية أو لم يسلم، لأن الجرح غـير مـضمون، فلـم يضمن سـرايته بخلاف التى قبلها.

الخطاء أيضًا، لأنه لم يقصد القتل إنما قصـد التداوى فيكون كالذى قبله واحتمل أن يكون فى حكم العمد فـيكون فى شريكه الوجهان المذكـوران فى المسألة قبلها وإن جرح رجـلاً فخاط جرحه أو أمـر غيره فخاطه لـه وكان ذلك مما يجوز أن يقـتل فحكمه حكم ما لو شـرب سمّا يجوز أن يقتل على ما مضى فـيه، وإن خاطه غيره بغير إذنه كرهًا فهما قـاتلان عليهما القود، وإن خاطه وليه والإمام وهو مـمن لا ولاية عليه فهما كالأجنبى وإن كان لهـما عليه ولاية فلا قود عليهما، لأن فعلهما جائز إذ لهـما مداوته فيكون ذلك خطأ وهل على الجارح القود؟ فيه وجهان.

باب شروط القصاص

وهى أربعة: أحـدها: أن يكون الجانى مكلفًا فأما الصبى والمجنون فلا قصاص عليهما، لا خلاف بيـن أهل العلم فى أنه لا قصـاص على صبى ولا مـجنون وكذلك كل زائل العـقل بسبب يعذر فيه كالنائم والمغمى عليه ونحوهما لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يسـتيقظ وعن الصبى حتى يبلغ وعن المـجنون حتى يفيق» (أ) ولأن القصاص عقوبة مغلظة فلم تجب على الصـبى وزائل العقل كالحدود، ولأنهم ليس لهم قصد صحيح فهم كالقاتل خطأ.

فـصـل: فإن اختلف الجانى وولى الجناية فقال الجـانى: كنت صبيًا حال الجناية، وقال ولى الجناية كنت بالغًا فـالقول قول الجانى مع يمـينه إذا احتمل الصدق، لأن الأصـل الصغر وبراءة ذمته من القـصاص وإن قال: قتلته وأنا مجنون وأنكر الولى جنونـه، فإن عرف له حال جنون فالقول قوله مع يمينه أيضًا لذلك، وإن لم يعرف له حال جنون فالقول قول الولى، لأن الأصل السلامة وكـذلك إن عرف له حال جنون ثم عرف زواله قبل القـتل وإن ثبت لأحدهما بما ادعاه بينة حكم له، وإن أقامـا بينتين تعارضتا، فإن شهدت البينـة أنه كان زائل العقل فقال الولى: كنت سكران وقـال القاتل: كنت مـجنونًا فالقـول قول القـاتل مع يمينـه، لأنه أعرف بنفسه، ولأن الأصل براءة ذمتـه واجتناب المسلم فعل ما يحرم عليه، فـأما إن قتله وهو عاقل

(أ) أخـرجه أبو داود فى «سـننه» (٤/ ٤٣٩٩، ٤٤٠٠) وأحمـد فى «مـسنده» (١/ ١٤٠، ١٥٥) وإسناده صحيح.

ثم جن لم يسقط عنه سـواء ثبت ذلك بينة أو إقرار، لأن رجوعه غـير مقبـول ويقتص منه فى حال جنونه ولو ثبت عليـه الحد بإقراره ثم جن لم يقم علـيه حال جنونه، لأن رجوعـه يقبل فيحتمل أنه لو كان صحيحًا رجع.

أ - **مسألة:** (وفى السكران وشبهه روايتان: أصحهما: وجوبه عليه).

إذا قـتل السكران وجب عليـه القصـاص، ذكـره القاضى وذكـر أبو الخطاب أن وجـوب القصـاص عليه مـبنى على طلاقه وفيـه روايتان فـيكون فى وجوب القصـاص عليه وجـهان: **أحدهما:** لا يجب عليه، لأنه زائل العقل أشبه المجنون، ولأنه غير مكلف فأشبه الصبى.

ولنا: أن الصحابة ﷺ أقاموا سكره مقام قذفـه فأوجبوا عليه حد القاذف، فلولا أن قذفه موجب للحد عليه لما وجب الحد بمظنته، وإذا وجب الحـد فالقصاص المتمحض حق آدمى أولى، ولأنه حكم لو لم يوجب عليـه القصاص والحد لأفـضى إلى أن من أراد أن يعصى الله تعالى شرب ما يسكره ثم يقـتل ويزنى ويسرق ولا يلزمه عقوبة ولا مأثم ويصير عصـيانه سببًا لسـقوط عقـوبة الدنيـا والآخرة عنه، ولا وجـه لهذا وفـارق الطلاق، لأنه قول يمكن إلـغاؤه بخلاف القـتل فإن شرب أو أكل ما يزيل عـقله غير الخمـر على وجه محرم، فـإن زال عقله بالكلية بحـيث صار مجنونًا فلا قـصاص عليه، وإن كان يزول قـريبًا ويعود من غيـر تداو فهو كالسكران على ما فصل فيه.

فـصل: الثـانى: أن يكون المقتول معصومًا فـلا يجب القصاص بقتل حربى لا نعلم فيه خلافًـا ولا يجب بقتله دية ولا كفـارة، لأنه مباح الدم على الإطلاق أشـبه الخنزير، ولأن الله تعالى أمر بقتله فقال تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ (التوبة: ٥) وسواء كان القاتل مسلمًا أو ذمـيًا لما ذكرنا، وكذلك المـرتد لا يجب بقتله قصاص ولا دية ولا كـفارة وإن قتله ذمى، وهذا قول بعض أصـحاب الشافعى، وقـال بعضهم: يجب القصـاص على الذمى بقتله والدية إذا عفى عنه، لأنه لا ولاية له فى قتله، وقال بعضهم: يجب القصاص دون الدية، لأنه لا قيمة له.

ولنا: أنه مباح الدم أشبه الحربى، ولأن من لا يضـمنه المسلم لا يضمنه الذمى كالحربى وليس على قاتـل الزانى المحصن قـصاص ولا دية ولا كفـارة، وهذا ظاهر مذهب الشـافعى وحكى بعضهم وجهًا أن على قاتله القود، لأن قتله إلى الإمام فيجب القتل على من قتله سواء كمن عليه القصاص إذا قتله غير مستحقه.

ولنا: أنه مباح الدم قتله متحتم فلم يضمن كالحربى ويبطل ما قاله بالمرتد وفارق القاتل، فإن قتله غير متحتم وهو مستحق على طريق المعاوضة فاختص بمستحقه وهـهنا يجب قتله لله تعالى فأشبه المرتد، وكذلك الحكم فى المحارب الذى تحتم قتله.

فـصل: **ولو قطع يد مسلم فارتد، ثم مات بسراية الجرح لم يجب فى النفس قصاص ولا دية ولا كـفـارة**، لأنها نفس مرتد غيـر معصوم ولا مضمون، وكـذلك لو قطع يد ذمى فصار حربيًا، ثم مات من جراحه، وأما اليد فالصحـيح أنه لا قصاص فيها، وذكر القاضى وجهًا فى وجوب القصاص فيها، لأن القطع استقـر حكمه بانقطاع حكم سرايته فأشبه ما لو قطع طرفه، ثم قتله، أو جاء آخر فقتله، وللشافعى فى وجوب القصاص قولان.

ولنا: أنه قطع هو قتل لم يجب به القتل، فلم يجب القطع كمـا لو قطع من غير مفصل، وفارق مـا قاسـوا عليـه، فإن القطع لم يصـر قتـلاً، وهل تجب دية الطرف؟ فـيه وجـهان: **أحدهـما:** لا ضمان فيه، لأنه تبين أنه قـتل لغير معصوم، **والثـانى:** تجب لأن سقـوط حكم سراية الجـراح لا يسقط ضمـانه كمـا لو قطع طرف رجل ثم قتله آخر، فـعلى هذا هل يجب ضمانه بدية المقطوع، أو بأقل الأمرين من ديته أو دية النفس؟ فيه وجهان: **أحدهـما:** تجب دية المـقطوع، فلو قطع يديه ورجليه، ثم ارتد ومـات، ففـيه ديتـان، لأن الردة قطعت حكم

2- **مـــسـألة:** **وإن قطع مسـلم أو ذمى يد مرتد أو حربـى فأسلم ثم مات فـلا شىء على القاطع**، لأنه لم يجن على معصوم، وإن رمى حربيًا فأسلم قبل أن يقع السهم فلا شىء عليه، لأنه رمى رميًا مأمـوراً به، وإن رمى مرتدًا فأسلم قبل وقوع السهـم به فلا قصاص، لأنه رمى من ليس بمعصوم أشبه الحربى وفى وجوب الدية وجهان:

أحدهما: لا تجب قياسًا على الحربى، **والثانى:** تجب، لأن الذمى ههنا محرم لما فيه من الافتيات على الإمام.

3- **مـــسـألة:** **(ولو قطع يده مـسلم فـارتد ثم مـات فـلا شىء على القـاطع فى أحـد الوجهين)**.

لأنها نفس مرتد غير معصوم ولا مضـمون، وكذلك لو قطع يد ذمى فصار حربيًا ثم مات من جراحه وأما اليد فالصحيح أنه لا قصاص فـيها، وذكر القاضى وجهًا فى وجوب القصاص فيها، لأن القطع يستقر حكمه بانقطاع حكم سرايته فأشبه ما لو قطع طرفه ثم قتله أو جاء آخر فقتله وللشافعى فى وجوب القصاص قولان.

ولنا: أنه قطع صـار قتلاً لم يجب بـه القتل، فلم يجب به القطع كـما لو قطع من غـير مفصل، وفارق ما قـاسوا عليه، فإن القطع لم يصر قتلاً وهل تجب دية الطـرف؟ فيه وجهان: أحدهما: لا ضمان فيه، لأنه قـتل لغير معصوم، **والثـانى:** يجب، لأن سقـوط حكم سراية الجرح لا يسقط ضمانه كما لو قطع طرف رجل ثم قتله آخر، فعلى هذا هل يجب ضمانه بدية المقطوع أو بأقل الأمرين من ديته أو دية النفس فيه وجهان:

أحدهـما: تجب دية المقطوع فلو قطع يديه ورجليه ثم ارتد ومـات ففيه ديتان، لأن الردة قطعت حكم السراية فأشبه انقطاع حكمـها باندمالها أو بقتل الآخر له، **والثـانى:** يجـب أقل

السراية، فأشبه انقطاع حكمها باندمالها، أو بقتل آخر له، **والثانى**: يجب أقل الأمرين، ولأنه لو لم يرتد لم يجب أكثـر من دية النفس، فمع الردة أولى، ولأنه قطع صار قـتلاً، فلم يجب أكثر مـن دية كما لو لم يرتد، وفارق أصل الوجـه الأول، فإنه لم يصر قتـلاً، ولأن الاندمال والقتل منع وجـود السراية، والردة منعت ضـمانهـا، ولـم تمنع جعلها قـتلاً، وللشـافعى من التفصيل نحو مما قلنا.

فصل: وإن قطع مسلم يد نصرانى فتمجس، وقلنا: لا يقر، فهو كما لو جنى على مسلم فارتد، وإن قلـنا: يقر عليه، وجـبت دية مجـوسى، وإن قطع يد مجـوسى فتنصـر، ثم مات وقلنا: يقر، وجبت دية نصرانى، ويجىء علـى قول أبى بكر والقاضى: أن تجب دية نصرانى فى الأولى، ودية مجوسى فى الثانية، كقولهم فيمن جنى على عبد ذمى فأسلم وعتق ثم مات من الجناية ضمنه بقيمة عبد ذمى اعتبارًا بحال الجناية.

فصل: وإن قطع يد مسلم فارتد، ثم أسلم ومات، وجب القصاص على قاتله ، نص عليه أحمـد رحمه الله فى رواية مـحمد بن الحكم، وقـال القاضى: يتوجـه عندى أنه إن كان زمن الردة تسرى فى مثله الجناية لم يجب القـصاص فى النفس، وهل يجب فى الطرف الذى قطع فى إسلامه؟ على وجهين: وهذا مذهب الشـافعى، لأن القصاص يجب بالجناية والسراية كلها فإذا لم يوجد جميـعها فى الإسلام لم يجب القصاص، كما لو جرحـه جرحين، أحدهما فى الإسلام والآخر فى الردة فمات منهما.

ولنا: أنه مسلم حـال الجناية والموت فوجب القصـاص بقتله كما لو لم يرتد، واحـتمال السراية حال الردة لا يمنع لأنهـا غير معلومة فـلا يجوز ترك السبب المعلوم باحتـمال المانع،

الأمرين، لأنه لو لم يرتد، لم يجب أكثر من دية النفس فمع الردة أولى، ولأنه قطع صار قتلاً فلا يوجب أكثر من دية كما لو لم يرتد وفارق الوجه الأول، فإنه لم يصر قتلاً، ولأن الاندمال والقتل منع وجود السراية والردة منعت ضـمانها ولم يمنع جعلها قتلاً وللشافـعى من التفصيل نحو ما قلنا.

4- **مسألة:** (وإن عاد إلى الإسلام ثم مات وجب القصاص على قاتله) .

نص عليه أحمد فى رواية محمـد بن الحكم وقال القاضى: يتوجه عندى أن زمن الردة إن كان مما تسرى فيه الجناية القصاص لم يجب القصاص فى النفس وهل يجب فى الطرف الذى قطع فى إسلامه؟ على وجـهين وهذا مذهب الشافعى، لأن القـصاص يجب بالجناية والسراية كلها، فإذا لم يوجد جميعها فى الإسلام لم يجب القصاص كما لو جرحه أحدهما فى الإسلام والآخر فى الردة فمات منهما.

ولنا: أنه مسلم حـال الجناية والموت فوجب القصـاص بقتله كما لو لم يرتد، واحـتمال السراية حال الردة لا يمنع، لأنهـا غير معلومة فـلا يجوز ترك السبب المعلوم باحتـمال المانع

كما لو لم يرتد فإنه يحتمل أن يمـوت بمرض أو بسبب آخر أو بالجرح مع شيء آخر يؤثر في الموت، فـأما الدية فتـجب كاملة، ويحـتمل وجوب نصـفها، لأنه مـات من جرح مضـمون وسراية غير مضمونة فوجب نصف الدية، كما لو جـرحه إنسان وجرح نفسه فمات منها، فأما إن كان زمن الردة لا تسـرى فى مثله الجناية ففيـه الدية أو القصاص، وقال الشـافعى فى أحد قوليه: لا قصاص فيه، لأنه انتهى إلى حال لو مات لم يجب القصاص.

ولنا: أنهما متكافـئان حال الجناية والسراية والموت فأشبـه ما لو لم يرتد وإن كان الجرح خطأ وجبت الكفارة بكل حال، لأنه فوت نفسًا معصومة.

فـــصل: **وإن جرحه وهو مـسلم فارتد ثم جرحه جـرحًا آخر ثم أسلم ومات منهـما فلا قصـاص فيـه**، لأنه مات من جرحين مضمون وغـير مضمون ويجب فيه نصف الدية لذلك، وسواء تساوى الجرحان أو زاد أحدهما مـثل أن قطع يديه وهو مسلم فارتد فقطع رجله أو كان بالعكس، لأن الجرح فى الحالين كجرح رجلين، وهل يجب القصاص فى الطرف الذى قطعه فى حال إسلامـه؟ يحتمل وجهـين بناءً على من قطع طرفه وهو مسلم فـارتد ومات فى ردته، ولو قطع طرفه فى ردته أولاً فأسلم ثم قطع طرفه الآخر ومات منهما فالحكم فيه كالتى قبلها.

فصل: **ويقتل الذمى بالمسلم**، لأن النبى ﷺ قتل اليهودى الذى رض رأس جارية من الأنصار على أوضاح لها[٤٢] ولأنه إذا قتل بمثله فبمن فوقه أولى، ويقتل الذمى بالذمى سواء اتفقت أديانهم أو اختـلفت فلو قتل النصرانى مـجوسيًا أو يهـوديًا قتل به نص عليه أحـمد فى

كما لو لم يرتد، فإنه يحتمل أن يموت بمرض أو سبب آخر أو بالجرح مع شيء آخر يؤثر فى الموت، فأما الدية فتجب كاملة ويحتمل وجـوب نصفها، لأنه مات من جرح مضمون وسراية غير مضـمونة فيوجب نصف الدية، كما لو جرحـه إنسان وجرح نفسه فمات منهـما، فأما إن كان زمن الردة لا تسرى فى مثله الجناية ففيه الدية والقـصاص، وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا قصاص فيه، لأنه انتهى إلى حال لو مات لم يجب القصاص.

ولنا: أنهما مـتكافئان فى حال الجناية والسـراية والموت فأشبـه ما لو لم يرتد، وإن كان الجرح خطأ وجبت الكفارة بكل حال، لأنه فوت نفسًا معصومة.

فـــصل: وإن جرحه وهو مسلم فـارتد ثم جرحه جرحًا آخر ثم أسلم ومـات منهما فلا قصاص فـيه، لأنه مات من جرحـين مضمون وغيـر مضمون ويجب فـيه نصف الدية لذلك، وسواء تساوى الجرحان أو زاد أحدهما مـثل أن قطع يديه وهو مسلم فارتد فقطع رجله أو كان بالعكس، لأن الجرح فى الحالين كجرح رجلين، وهل يجب القصاص فى الطرف الذى قطعه فى حال إسلامـه؟ يحتمل وجهـين بناء على من قطع طرفه وهو مسلم فـارتد ومات فى ردته، ولو قطع طرفه فى ردته أولاً فأسلم ثم قطع الآخر ومات منهما فالحكم فيها كالتى قبلها.

(٤٢) تقدم برقم (٦) مسألة رقم (١٤١٦).

النصرانى يقتل بالمجوسى إذا قتله، قيل: فكيف يقتل به وديتهما مختلفة؟ فقال: أذهب إلى أن النبى ﷺ قتل رجلاً بامرأة يعنى أنه قتله بها مع اختلاف ديتـهما، ولأنهما تكافآ فى العصمة بالذمة ونقيصة الكفر فجرى القصاص بينهما كما لو تساوى دينهما وهذا مذهب الشافعى.

فــصل: ولا يقتل ذمى بحـربى لا نعلم فيه خـلافًا، لأنه مباح الدم عـلى الإطلاق أشبه الخنزير ولا دية فيه لذلك ولا كـفارة ولا يجب بقتل المرتد قصـاص ولا دية ولا كفارة لذلك سواء قتله مـسلم أو ذمى وهو قول بعض أصحاب الشـافعى، وقال بعض أصحــاب الشافعى، يجب القصاص على الذمى بـقتله والدية إذا عفا عنه، لأنه لا ولاية فى قتله، وقــال بعضهم: يجب القصاص دون الدية، لأنه لا قيمة له.

ولنا: أنه مباح الدم أشبه الحربى، ولأن من لا يضمنه المسلم لا يضمنه الذمى كالحربى.

فصل: وليس على قاتل الزانى المحصن قصاص ولا دية ولا كفارة، وهذا ظاهر مذهب الشافعى وحكى بعضهم وجهًا أن على قـاتله القود، لأن قتله إلى الامام فيجب القود على من قتله سواء كمن عليه القصاص إذا قتله غير مستحقه.

ولنا: أنه مبـاح الدم وقتله متحـتم فلم يضمن كالحـربى، ويبطل ما قاله بالمـرتد وفارق القاتل فإن قتله غير متحتم وهو مستحق على طريق المعاوضة فاختص بمستحقه وهـهنا قتله لله تعالى، فأشبه المرتد وكذلك الحكم فى المحارب الذى تحتم قتله.

فصل: ويقتل المرتد بالمسلم والذمى ويقدم القصاص على القتل بالردة، لأنه حق آدمى،

فــصل: وإن قطع مسلم يد نصرانى فتمجس وقلنا: لا يقر، فهو كما لو جنى على مسلم فارتد وإن قلنا: يقر عليه وجبت دية مجوسى، وإن قطع يد مجوسى فتنصر ثم مات وقلنا: يقر وجبت دية نصرانى، ويجىء على قول أبى بكر والقاضى أن تجب دية نصرانى فى الأولى ودية مجوسى فى الثانيــة كقولهم فيمن جنى على عبد ذمى فأسـلم وعتق ثم مات من الجناية ضمنه بقيمة عبد ذمى اعتباراً بحال الجناية وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى.

فــصل: الثالث: أن يكون المجنى عليه مكافئًا للجانى وهو أن يساويه فى الدين والحرية أو الرق فيـقتل الحر المسلم بالحـر المسلم ذكرًا أو أنثى لقـول الله تعالى: ﴿ كُـتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ﴾ (البقرة: ١٧٨).

5- مسألة: (ويقتل العبد المسلم بالعبد المسلم تساوت قيمتهما أو اختلفت).

هذا قول أكـثر أهل العلم روى ذلك عن عمـر بن عبد العـزيز وسالم والنخعى والشـعبى والزهرى وقتادة والثورى ومالك والشافعى وأبـى حنيفة وعن أحمد رواية أخرى: أن من شرط القصاص تساوى قيمتهم، وإن اختلفت قيمتهم لم يجر بينهم قصاص، وينبغى أن يختص هذا بما إذا كانت قيـمة القاتل أكثر، فإن كانت أقل فلا، وهذا قـول عطاء، وقال ابن عباس: ليس فى العبيد قصاص فى نفس ولا جرح، لأنهم أموال.

وإن عفا عنه ولى القصــاص فله دية المقتول، فإن أسلم المرتد فـهى فى ذمته، وإن قتل بالردة أو مات تعلقت بـماله، وإن قطع طرفًا من أحـدهما فعليـه القصــاص فيه أيضًـا، وقال بعض أصحاب الشافعى: لا يقتل المرتد بالذمـى ولا يقطع طرفه، لأن أحكام الإسلام فى حقه باقية بدليل وجوب العبادات عليه ومطالبته بالإسلام.

ولنا: أنه كافر فيـقتل بالذمى كالأصلى، وقولهم: إن أحكام الإسلام باقية غـير صحيح، فإنه قد زالت عصمته وحرمته وحل نكاح المسلمـات وشراء العبيد المسلمين وصحة العبادات وغيرها، وأما مطالبته بالإسلام فهو حجة عليهم، فإنه يدل على تغليظ كفره، وأنه لا يقر على ردته لسوء حاله، فإذا قتل بالذمى مثله فمن هو دونه أولى.

فـصل: **وإن جرح مسلم ذميًا ثم ارتد ومـات المجروح لم يقتل به**، لأن التكافؤ مـشترط حال وجود الجنايـة ولم يوجد، وإن قتل من يعرفه ذمـيًا أو عبدًا وكان قـد أسلم وعتق وجب القصاص، لأنه قتل من يكافئه عمدًا عدوانًا فلزمه القصاص كما لو علم حاله وفارق من علمه حربيًا، لأنه لم يعمد إلى قتل معصوم.

١٤٢٢- مسألة: قال: **(ولا حر بعبد)**.

وروى هذا عن أبى بكر وعمر وعلى وزيد وابن الزبير ﷺ، وبه قال الحسن وعطاء وعمر ابن عبد العـزيز وعكرمة وعمرو بن دينار ومالك والشافـعى وإسحاق وأبو ثور وروى ذلك عن الشعبى ويروى عن سـعيد بن المسيب والنـخعى وقتادة والثورى وأصـحاب الرأى أنه يقتل به

ولنا: قول الله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ**﴾ (البقرة: ١٧٨) وهذا نص الكتاب فلا يجوز خلافه، ولأن تفاوت القيمة كتفاوت الدية والفضائل فلا يمنع القصاص كالعلم والشرف والذكورية والأنوثية.

فـصل: **ويجرى القـصاص بينهم فيـما دون النفس**، به قال عمر بن عـبد العزيز وسالم والزهرى وقـتادة ومـالك والشافـعى وأبو ثور وابن المنذر وعن أحمـد رواية أخرى لا يـجرى القصاص بينهم فيما دون النفس وهو قول الشعبى والنخعى والثورى وأبى حنيفة، لأن الأطراف مال فلا يجرى القصاص فيها كالبهـائم، ولأن التساوى فى الأطراف معتبر فى جريان القصاص بدليل أنه نأخذ الصحيحة بالشلاء ولا كاملة الأصابع بالناقصة وأطراف العبيد لا تتساوى.

ولنا: قول الله تـعالى: ﴿**وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ**﴾ (المـائدة: ٤٥) الآية، ولأنه أحد أنواع القصاص فجرى بين العبيد كالقصاص فى النفس.

فصل: **وإذا وجب القصاص فى طرف العبيد فللعبد استيفاؤه والعفو عنه دون السيد**.

فـــصل: **ويقتل العبـد القن بالمكاتب والمكاتب به ويقتل كل واحد منهـما بالمدبر وأم الولد ويقـتل المـدبر وأم الولد بكل واحـد منهم**، لأن الكل عبـيد فيدخلون فى قـوله تعالى: ﴿**وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ**﴾ وقد دل على كون المكاتب عبدًا قـول النبى ﷺ: «المكاتب عبد ما بقى

لعموم الآيات والأخبار لقول النبى ﷺ: «المؤمنون تتكافأ دماؤهم»(٤٣) ولأنه آدمى معصوم فأشبه الحر.

ولنا: ما روى الإمام أحمد بإسناده عن على ؓ أنه قال: من السنة أن لا يقتل حر بعبد(٤٤) وعن ابن عباس أن النبى ﷺ قال: «لا يقتل حر بعبد» رواه الدارقطنى(٤٥)، ولأنه لا يقطع طرفه بطرفه مع التساوى فى السلامة، فلا يقتل به كالأب مع ابنه، ولأن العبد منقوص بالرق فلم يقتل به الحر كالمكاتب إذا ملك ما يؤدى والعمومات مخصوصات بهذا فنقيس عليه.

فصل: ولا يقتل السيد بعبده فى قول أكثر أهل العلم، وحكى عن النخعى وداود أنه يقتل به لما روى قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبى ﷺ قال: «من قتل عبده قتلناه ومن جدعه جدعناه»(٤٦) رواه سعيد والإمام أحمد والترمذى وقال: حديث حسن غريب مع العمومات والمعنى فى التى قبلها.

عليه درهم»(2) وسواء كان قد أدى من كتابته شيئًا أو لم يؤد وسواء ملك ما يؤدى أو لم يملك إلا إذا قلنا: إنه إذا ملك ما يؤدى صار حرًا فلا يقتل بالعبد، لأن الحر لا يقتل بالعبد وإن أدى ثلاثة أرباع الكتابة لم يقتل أيضًا، إذ قلنا: إنه يصير حرًا، ومن لم يحكم بحريته إلا بأداء جميع الكتابة قال: يقتل به، وقال أبو حنيفة: إذا قتل العبد مكاتب له وفاء ووارث سوى مولاه لم يقتل به، لأنه حين الجرح كان المستحق المولى وحين الموت الوارث ولا يجب القصاص إلا لمن يثبت حقه فى الطرفين.

ولنا: قوله تعالى: ﴿النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ وقوله: ﴿وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ ولأنه لو كان قنًا لوجب بقتله القصاص، فإذا كان مكاتبًا كان أولى كما لو لم يخاف يخلف وارثًا، وما ذكروه فشىء بنوه على أصولهم ولا نسلمه.

فصل: إذا قتل الكافر الحر عبدًا مسلمًا لم يقتل، لأن الحر لا يقتل بالعبد لعدم التكافؤ، ولأنه لا يحد بقذفه فلا يقتل كالأب مع الابن، وعليه قيمته، ويقتل لنقض العهد إن قلنا:

---

(٤٣) تقدم. (٤٤) تقدم برقم (٤١).

(٤٥) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٣٥) من طريق عثمان البرى عن جويبر عن الضحاك عن ابن عباس ؓ أن النبى ﷺ قال... فذكره، وقال فى هذا الإسناد: ضعيف. قال شيخنا الألبانى (حفظه الله): بل هو واه جدًا، فإن جويبرًا قال الحافظ فى «التقريب»: ضعيف جدًا. اهـ.

(٤٦) أخرجه الترمذى فى «سننه» (٤/ ١٤١٤) وأبو داود فى «سننه» (٤/ ٤٥١٥) والنسائى (٨/ ٤٧٥٠) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٢/ ٢٦٦٣) والحاكم فى «المستدرك» (٢/ ٣٦٧) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ١٠، ١٢، ١٨) وضعفه الألبانى.

(2) أخرجه أبو داود فى العتق (٤/ ح٣٩٣٦) وإسناده حسن.

ولنا: ما ذكرناه في التي قبلها، وعن عمر ﷺ أنه قال: لو لم أسمع رسول الله ﷺ يقول: «لا يقاد المملوك من مولاه والولد من والده لأقدته منك» رواه النسائي(٤٧)، وعن علي ﷺ: «أن رجلاً قتل عبده فجلده النبي ﷺ مائة جلدة ونفاه عامًا ومحا اسمه من المسلمين» رواه سعيد والخلال(٤٨) وقال أحمد: ليس بشيء من قبل إسحاق بن أبي فروة، ورواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن أبي بكر وعمر أنهما قالا: من قتل عبده جلد مائة وحرم سهمه مع المسلمين(٤٩) فأما حديث سمرة فلم يثبت قال أحمد: الحسن لم يسمع من سمرة إنما هي صحيفة، وقال غير أحمد: إنما سمع الحسن من سمرة ثلاثة أحاديث ليس هذا منها، ولأن الحسن أفتى بخلافه فإنه يقول: لا يقتل الحر بالعبد، وقال: إذا قتل السيد عبده يضرب ومخالفته له تدل على ضعفه.

ينتقض عهده، وفيه روايتان ذكرناهما في موضعه ذلك وعلى الرواية الأخرى: لا يقتل، وعليه قيمته ويؤدب بما يراه الإمام أو نائبه.

فصل: وإن قتل عبد مسلم حرًا كافرًا لم يقتل به، لأن المسلم لا يقتل بالكافر، وإن قتل من نصفه حر عبدًا لم يقتل به، لأنه لا يقتل نصف الحر بعبد، وإن قتله حر لم يقتل به، لأن النصف الرقيق لا يقتل به الحر، وإن قتل من نصفه حر مثله قتل به، لأن القصاص يقع بين الجملتين من غير تفصيل وهما متساويان.

---

(٤٧) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٢١٦) (٤/ ٣٦٨) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٣٦) وابن عدي في «الكامل» (٥/ ٥٨) من طريق عمر بن عيسى القرشي عن ابن جريج عن عطاء بن أبي رباح عنه، وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ورده الذهبي في الوضع الأول فقال: قلنا: بل عمر بن عيسى منكر الحديث ثم نسي ذلك فوافق الحاكم على تصحيحه في الوضع الثاني، وقال ابن عدي: منكر الحديث، وقال الهيثمي في المجمع (٦/ ٢٨٨): روى الترمذي بعضه، ورواه الطبراني في الأوسط وفيه عمر بن عيسى القرشي، وقد ذكره الذهبي في الميزان وذكر له هذا الحديث ولم يذكر فيه جرحًا أو تعديلاً وبقية رجاله وثقوا.

قلت: بل ذكر فيه جرحًا في الميزان (٣/ ٢١٩) فقال عمر بن عيسى الأسلمي عن ابن جريج.

قال البخاري: منكر الحديث وقال ابن حبان: يروى الموضوعات عنه الأثبات... ثم ذكر الحديث. اهـ.

(٤٨) أخرجه ابن ماجه في «سننه» (٢/ ٢٦٦٤) في الزوائد، في إسناده إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة، وهو ضعيف، وإسماعيل بن عباس ضعيف، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٣٦) وإسناده ضعيف جدًا.

(٤٩) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٣٧) هذا لا يقتل المؤمن بعبده ولكن يضرب ويطال حبسه ويحرم سهمه، وأسانيد هذه الأحاديث ضعيفة لا تقوم بشيء منها الحجة إلا أن أكثر أهل العلم على أن لا يقتل الرجل بعبده، وعبد الرزاق في «المصنف» (٩/ ١٨١٣٩) وإسناده ضعيف.

فـصـل: ولا يقطع طرف الحر بطرف العبد بغير خـلاف علمناه بينهم ويقتل العبد بالحر ويقتل بـسيده، لأنه إذا قـتل بمثله فـبمن هو أكمـل منه أولى مع عموم النـصوص الواردة فى ذلك، ومتى وجب القـصاص على العبد فعـفا ولى الجناية إلى المال فله ذلك ويتـعلق أرشها برقبته، لأنه موجب جنايته فتعلق برقبته كالقصاص ثم إن شاء سيده أن يسلمه إلى ولى الجناية لم يلزمه أكثر من ذلك، لأنه سلم إليه مـا تعلق حقه به، وإن قال ولى الجناية: بعه وادفع إلى ثمنه لم يلزمه ذلك، لأنه لم يتـعلق بذمته شيء، وإنما تعلق بالرقـبة التى سلمها فـبرئ منها، وفيه وجه آخر أنه يـلزمه ذلك كما يلزمه بيع الرهن، وإن امتنع من تسليمـه واختار فداءه فهل تلزمه قيمتـه أو أرش الجناية جميعًا؟ على روايتين ذكرناهما فـى غير هذا الموضع، وإن عفى عن القصاص ليملك رقبة العبد ففيه روايتان: **إحداهما:** يملكه بذلك، لأنه يملك إتلافه فكان ملكًا له كسائر أمواله، **والثانية:** لا يملكه لأنه محل تعلق به القصاص فلا يملكه بالعفو كالحر فعلى هذه الرواية يتـعلق أرش الجناية برقبـته كما لو عـفا على مال، لأن العـوض الذى عفى لأجله لم يصح له فكان له عوضه كالعقود الفاسدة.

6- مـسألة: (ويقتل الذكر بالأنثى والأنثى بالذكر).

هذا قول عامة أهل العلـم ومنهم النخعى والشعبى والزهرى وعمر بن عـبد العزيز ومالك وأهل المدينة والشـافعى وإسحاق وأصـحاب الرأى وغيـرهم، وروى عن على ﷺ أنه قال: يقتل الرجل بالمرأة ويعطى أولياؤه نصف الدية رواه سعيد[3]، وروى نحوه عن أحمد، وحكى ذلك عن الحسن وعطاء، وحكى عنهمـا مثل قول الجماعـة، ولعل من ذهب إلى القول الثانى يحتج بقول على.

ولنا قوله تعالى: ﴿النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ وقوله: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ﴾ مع عموم سائر النصوص وقد ثبت أن النبى ﷺ قتل يهـوديًا رض رأس جارية من الأنصار[4]، وروى أبو بكر بن محـمد ابن عمـرو بن حزم عن أبيه عن جـده أن رسول الله ﷺ كتب إلـى أهل اليمن بكتاب فـيه الفـرائض والسنن، وأن الرجل يقتل بالـمرأة[5]، وهو كتـاب مشهور عنـد أهل العلم متلقى بالقبول عندهم، ولأنهما شـخصان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فـقتل كل واحد منهما بالآخر كـالرجلين، ولا يجب مع القصـاص شيء، لأنه قصاص واجب فلم يجب مـعه شيء على المقتص كسـائر القصاص، واختلاف الإبدال لا عبرة به فى القصـاص بدليل أن الجماعة يقتلون بالواحـد، والنصرانى يؤخذ بالمجـوسى مع اختلاف دينهمـا، ويؤخذ العبد بالـعبد مع

---

(3) أخرجه ابن جرير الطبرى فى «تفسيره» (٢/ ٦٠) من طريق الحسن عن عليٍّ قال: ... ثم ذكره.

قلت: وهو الحسن البصرى، والحسن رأى عليًا ولكنه لم يسمع منه، وقال الترمذى: لا يعرف له سماع من عليٍّ.

(4) تقدم (ص٤٤٨) مغنى.

(5) سيأتى برقم (٧٠) مسألة ١٤٣٢.

فـصل: ويجرى القصاص بين العبيد فى النفس فى قول أكثر أهل العلم، روى ذلك عن عمر بن عبد العزيز وسالم والنخعى والشعبى والزهرى وقتادة والثورى ومالك والشافعى وأبى حنيفة، وروى عن أحمد رواية أخرى: أن من شرط القصاص تساوى قيمتهم، وإن اختلفت قيمتهم لم يجر بينهم قصاص وينبغى أن يختص هذا بما إذا كانت قيمة القاتل أكثر، فإن كانت أقل فلا، وهذا قول عطاء، وقال ابن عباس: ليس بين العبيد قصاص فى نفس ولا جرح، لأنهم أموال.

ولنا: أن الله تعالى قال: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ**﴾ (البقرة: ١٧٨) وهذا نص من الكتاب فلا يجوز خلافه، لأن تفاوت القيمة كتفاوت الدية والفضائل فلا يمنع القصاص كالعلم والشرف والذكورية والأنوثية.

فـصل: ويجرى القصاص بينهم فيما دون النفس، وبه قال عمر بن عبد العزيز وسالم والزهرى وقتادة ومالك والشافعى وأبو ثور وابن المنذر وعن أحمد رواية أخرى: لا يجرى القصاص بينهم فيما دون النفس وهو قول الشعبى والنخعى والثورى وأبى حنيفة، لأن الأطراف مال فلا يجرى القصاص فيها كالبهائم، ولأن التساوى فى الأطراف معتبر فى جريان القصاص بدليل أنا لا نأخذ الصحيحة بالشلاء ولا كاملة الأصابع بالناقصة وأطراف العبيد لا تتساوى.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿**وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ**﴾ (المائدة: ٤٥) الآية، ولأنه أحد نوعى القصاص فجرى بين العبيد كالقصاص فى النفس.

اختلاف قيمتهما وقتل كل واحد من الرجل والمرأة بالخنثى ويقتل بهما، لأنه لا يخلو إما أن يكون رجلاً أو امرأة.

7- مسألة: (وعن أحمد لا يقتل العبد بالعبد إلا أن تستوى قيمتهما، ولا عمل عليه، وقد ذكرناه).

8- مسألة: (ويقتل الكافر بالمسلم).

لأن النبى ﷺ قتل اليهودى الذى رض رأس جارية من الأنصار على أوضاح لها، ولأنه إذا قتل بمثله فيمن هو فوقه أولى، وكذلك يقتل العبد بالحر والمرتد بالذمى، وإن عاد إلى الإسلام نص عليه.

فـصل: ويقتل المرتد بالذمى، ويقدم القصاص على القتل بالردة، لأنه حق آدمى، وإن عفا عنه ولى القصاص فله دية المقتول، فإن أسلم المرتد فهو فى ذمته، وإن قتل بالردة أو مات تعلقت بماله، وإن قطع طرفًا من مسلم أو ذمى فعليه القصاص فيه أيضًا، وقال بعض أصحاب الشافعى: لا يقتل المرتد بالذمى ولا يقطع طرفه بطرفه، لأن أحكام الإسلام فى حقه باقية بدليل وجوب العبادات عليه ومطالبته بالإسلام.

ولنا: أنه كافر فيقتل بالذمى الأصلى، وقولهم: إن أحكام الإسلام باقية غير صحيح، فإنه

فصل: وإذا وجب القصاص فى طرف العبد، وجب للعبد وله استيفاؤه والعفو عنه.

فصل: ولو قتل عبد عبداً ثم عتق القاتل قتل به، وكذلك لو جرح عبد عبداً ثم عتق الجارح ومات المجروح قتل به، لأن القصاص وجب فلم يسقط بالعتق بعده، ولأن التكافؤ موجود حال وجود الجناية وهى السبب فاكتفى به، ولو جرح حر ذمى عبداً ثم لحق بدار الحرب فأسر واسترق لم يقتل بالعبد، لأنه حين وجوب القصاص حر.

فصل: وإذا قتل عبد عبداً عمداً فسيد المقتول مخير بين القصاص والعفو فإن عفا إلى مال تعلق بالمال برقبة القاتل، لأنه وجب بجنايته وسيده مخير بين فدائه وتسليمه، فإن اختار فداءه فداه بأقل الأمرين من قيمته أو قيمة المقتول، لأنه إن كان الأقل قيمته لم يلزمه أكثر منها، لأنها بدل عنه، وإن كان الأقل قيمة المقتول فليس لسيده أكثر منها، لأنها بدل عنه، وعنه رواية أخرى أن سيده إن اختار فداءه لزمه أرش الجناية بالغًا ما بلغ، لأنه إذا سلمه للبيع ربما زاد فيه مزيداً أكثر من قيمته، فإن قتل عشرة أعبد عبداً لرجل عمداً فعليهم القصاص، فإن اختار السيد قتلهم فله قتلهم، وإن عفا إلى مال تعلقت قيمة عبده برقابهم على كل واحد منهم عشرها يباع منه بقدرها ويفديه سيده، فإن اختار قتل بعضهم والعفو عن البعض كان ذلك له، لأن له قتل جميعهم والعفو عن جميعهم، وإن قتل عبد عبدين لرجل واحد فله قتله والعفو عنه، فإن قتله سقط حقه وإن عفا إلى مال تعلقت قيمة العبدين برقبته، فإن كانا لرجلين فكذلك إلا أن القاتل يقتل بالأول منهما، لأن حقه أسبق فإن عفا عنه الأول قتل بالثانى، وإن

قد زالت عصمته وحرمته وحل نكاح المسلمات وشراء العبيد المسلمين وصحة العبادات وغيرهما، وأما مطالبته بالإسلام فهو حجة عليهم، لأنه يدل على تغليظ كفره، وإنه لا يقر على ردته لسوء حاله، فإذا قتل بالذمى مثله فمن هو دونه أولى، ولا يمنع إسلامه وجوب القصاص عليه، لأنه بعد استقرار وجوب القصاص عليه، والأصل فى كل واجب بقاؤه فأشبه ما لو قتله وهو عاقل ثم جن.

9- مسألة: (ولا يقتل مسلم بكافر أى كافر كان).

هذا قول أكثر أهل العلم وروى ذلك عن عمر وعثمان وعلى وزيد بن ثابت ومعاوية ﷺ، وبه قال عمر بن عبد العزيز وعطاء والحسن وعكرمة والزهرى وابن شبرمة ومالك والثورى والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر، وقال النخعى والشعبى وأصحاب الرأى: يقتل المسلم بالذمى خاصة قال أحمد: الشعبى والنخعى قالا: دية المجوسى والنصرانى مثل دية المسلم، وإن قتله يقتل به سبحان الله هذا عجب يصير المجوسى مثل المسلم ما هذا القول؟ واستبشعه وقال: النبى ﷺ يقول: «لا يقتل مسلم بكافر» (*) وهو يقول: يقتل بكافر فأى شىء أشد من هذا؟ واحتجوا بالعمومات التى ذكرناها

(*) أخرجه البخارى فى كتاب «الديات» من صحيحه (٤/ ٤٨) (٩/ ١٤، ١٦) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٧٩).

قتلهما دفعـة واحدة أقرع بين السيدين فأيهما خرجت له القـرعة اقتص وسقط عن الآخر، وإن عفا عن القصاص أو عفا سيد القتـيل الأول عن القصاص إلى مال تعلق برقبة العبد وللثانى أن يقتص، لأن تعلق المال بالرقبة لا يسقط حق القصاص، كما لو جنى العبد المرهون، وإن قتله الآخر سقط حق الأول من القـيمة، لأنه لم يبق محل يتـعلق به، وإن عفا الثانى تعلقت قـيمة القتيل الثانى برقبتـه أيضًا ويباع فيهما ويقسم ثمنه على قدر القيمـتين، ولم نقدم الأول بالقيمة كما قدمناه بالقصاص، لأن القصاص لا يتبعض بينهما والقيمة يمكن تبعيضها، **فإن قيل**: فحق الأول أسبق **قلنا**: لا يراعى السبق كما لو أتلف أموالاً لجماعة واحدًا بعد واحد، فأما إن قتل العبد عبدًا بين شريكين كـان لهما القصاص والعفو، فإن عفا أحـدهما سقط القصاص وينتقل حقهما إلى القـيمة، لأن القصاص لا يتبعض، وإن قتل عـبدين لرجل واحد فله أن يقتص منه لأحدهما أيهمـا كان ويسقط حقه من الآخر، وله أن يعفـو عنه إلى مال وتتعلق قيمتها جـميعًا برقبته.

فصل: ويقتل العبد القن بالمكاتب والمكاتب به ويقتل كل واحد منهما بالمدبر وأم الولد ويقتل المـدبر وأم الولد بكل واحد منهمـا، لأن الكل عبيد فـيدخلون فى عموم قـوله تعالى: ﴿وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ (البـقرة: ١٧٨) فقد دل على كون المكاتب عبدًا قول النبى ﷺ: «المكاتب عبـد ما بقى علـيه درهم»(٥٠) وسواء كان المكاتب قد أدى من كتـابته شيئًا أو لم يؤد وسواء مالك مـا يؤدى أو لم يملك إلا إذا قلنا: إنه إذا ملك مـا يؤدى فقد صـار حرًا، فـإنه لا يقتل

لقوله تعالى: ﴿النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ وقوله: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ﴾ وبما روى ابن البيلمانى أن النبى ﷺ أقاد مسلمًا بذمى وقال: «أنا أحق من وفى بذمته»(6) ولأنه معصوم عصمة مؤبدة فيقتل به قاتله كالمسلم.

ولنا قول النبى ﷺ: «المسلمـون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتـهم أدناهم لا يقتل مؤمن بكافر»(7) رواه أحمد وأبو داود وفى لفظ: «لا يقتل مسلم بكافر» رواه البخارى وأبو داود وعن على أنه قال: من السنة أن لا يقتل مؤمن بكافر، رواه الإمام أحمد(8)، ولأنه منقوص بالكفر

---

(٥٠) تقدم برقم (٣١) مسألة رقم (١٠٤٠).

(6) أخرجه الدارقطنى فى السير (٣/ ١٣٤، ١٣٥) عن ابن البيلمانى مرسلاً وإسناده ضعيف.

(7) أخرجـه أبو داود فى «سننه» (٣/ ح٢٧٥١) وابن ماجه (١/ ح٢٦٨٣) وأحمـد فى «مسنده» (٢/ ١٩٢) وإسناده صحيح.

(8) أخرجـه الدارقطنى فى «السنن» (٣/ ١٣٤) والبيـهقى فى «السنن الكبـرى» (٨/ ٣٤) من طريق إسرائيل عن جابر الجعفى عن عامر قال: قال على . . . فذكره، وزاد: ومن السنة أن لا يقتل حر بعبد، وإسناده ضعـيف جدًا، تفـرد به جابر الجـعفى وهو مـتروك، ولم أجـد الحديث فى السنن بهـذا اللفظ، ولعل المصنف يقـصد حديث على بن أبى طالـب من طريق أبى جحيـفة، قال: سألنا عـليًا: هل عندكم من رسول الله ﷺ شىء بعد القرآن، قال. . . الحديث، وفيه: ولا يقتل مسلم بكافر. . . والله أعلم.

بالعبد، لأنه حر فلا يقتل بالعبد، وإن أدى ثلاثة أرباع مال الكتابة لم يقتل به أيضًا، لأنه يصير حرًا ومن لم يحكم بحريته إلا بأداء جميع الكتابة جاز قتله به، وقال أبو حنيفة: إذا قتل العبد مكاتبًا له وفاء ووارث سوى مولاه لم يقتل به، لأنه حين الجرح كان المستحق المولى وحين الموت الوارث ولا يجب القصاص إلا لمن يثبت حقه فى الطرفين.

ولنا قوله تعالى: ﴿النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ (المائدة: ٤٥) وقوله تعالى: ﴿وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ (البقرة: ١٧٨) ولأنه لو كان قنًا لوجب بقتله القصاص، فإذا كان مكاتبًا كان أولى كما لو لم يخلف وارثًا، وما ذكروه شىء بنوه على أصولهم ولا نسلمه.

١٤٢٣- مسألة: قال: **(وإذا قتل الكافر العبد عمدًا فعليه قيمته ويقتل لنقضه للعهد).**

يعنى الكافر الحر لا يقتل بالعبد المسلم، لأن الحر لا يقتل بالعبد لفقدان التكافؤ بينهما، ولأنه لا يجد بقذفه فلا يقتل بقتله كالأب مع ابنه وعليه قيمته ويقتل لنقضه العهد، فإن قتل المسلم ينتقض به العهد بدليل ما روى أن ذميًا كان يسوق حمارًا بامرأة مسلمة فنخسه بها فرماها ثم أراد إكراهها على الزنا فرفع إلى عمر ﷺ فقال: ما على هذا صالحناهم فقتله وصلبه(٥١)، وروى فى شروط عمر أنه كتب إلى عبد الرحمن بن غنم أن ألحق بالشروط من ضرب مسلمًا عمدًا فقد خلع عهده(٥٢)، ولأنه فعل ينافى الأمان وفيه ضرر على المسلمين، فكان نقضًا للعهد كالاجتماع على قتال المسلمين والامتناع من أداء الجزية وفيه رواية أخرى أنه لا ينتقض عهده بذلك فعلى هذا عليه قيمته ويؤدب بما يراه ولى الأمر.

فلا يقتل به المسلم كالمستأمن، والعمومات مخصوصات بحديثنا، وحديثهم ليس له إسناد قاله أحمد وقال الدارقطنى: يرويه ابن البيلمانى وهو ضعيف إذا أسند فكيف إذا أرسل؟ والمعنى فى المسلم أنه مكافئ للمسلم بخلاف الذمى ووافق أبو حنيفة الجماعة فى المستأمن أن المسلم لا يقاد به، وهو المشهور عن أبى يوسف وعنه يقتل به لما سبق فى الذمى.

ولنا: أنه ليس بمحقوق الدم على التأبيد فأشبه الحربى مع ما ذكرنا من الأدلة فى الأدلة التى قبلها.

---

(٥١) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٩/ ٢٠١) وقال: تابعه ابن أشوع عن الشعبى عن عوف بن مالك، وعبد الرزاق فى «المصنف» (١٠/ ٣٦٣/ ١٩٣٧٨).

(٥٢) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٩/ ٢٠٢) من طريق يحيى بن عقبة بن أبى العيزار عن سفيان الثورى والوليد بن نوح والسرى بن مصرف يذكرون عن طلحة بن مصرف عن مسروق عن عبد الرحمن بن غنم، قال: كتبت لعمر بن الخطاب ﷺ... فذكره. وإسناده ضعيف جدًا فيه يحيى بن عقبة بن أبى العيزار، قال أبو حاتم: يفتعل الحديث، وقال ابن معين: ليس بشىء، وقال البخارى: منكر الحديث يروى عن منصور وعن هشام بن عروة، كنيته أبو القاسم، قال النسائى وغيره: وليس بثقة، وروى ابن محرز عن ابن معين: كذاب خبيث عدوا له كان يسخر به.

فـصل: وإن قتل عبد مسلم حرًّا كافرًا لم يقتل به، لأنا لا نقتل المسلم بالكافر، وإن قتل من نصفه حر عبدًا لم يقتل به، لأنا لا نقـتل نصف الحر بعبد، وإن قتله حر لم يقتل به، لأن النصف الرقيق لا يقتل به الحـر، وإن قتل من نصفه حر من نصفه حـر قتل به، لأن القصاص يقع بين الجملتين من غير تفصيل وهما مستويان.

فــصل: ويجرى القـصاص بين الولاة والعمال وبين رعـيتهم لعمـوم الآيات والأخبار، ولأن المؤمنين تتكافأ دماؤهم ولا نعلم فى هذا خلافًا، وثبت عن أبى بكر رضي الله عنه أنه قال لرجل شكا إليه عاملاً أنه قطع يده ظلمًا لئن كنت صادقًا لأقيد بك منه(٥٣)، وثبت أن عمر رضي الله عنه كان يقيد من نفســه وروى أبو داود قال: خطب عمر فقال: إنى لم أبعث عمـالى ليضربوا أبشاركم ولا ليأخذوا أمـوالكم فمن فعل به ذلك فليرفعــه إلىّ أقصه منه فقال عـمرو بن العاص: لو أن رجلاً أدب بعض رعيته نقصه منه؟ قـال: أى والذى نفسى بيده أقصه منه وقد رأيت رسول الله ﷺ أقص من نفـسه(٥٤)، ولأن المؤمنين تتكافأ دماؤهم وهذان حـران مسلمان ليس بينهما إيلاء فيجرى القصاص بينهما كسائر الرعية.

فــصل: وإذا قتل القاتل غير ولى الدم فـعلى قاتله القصاص ولورثة الأول الدين فى تركة **الجـانى الأول**، وبهذا قال الشافعى، وقـال الحسن ومالك: يقتل قاتله ويبطل دم الأول، لأنه فات محله فأشبه ما لو قتل العـبد الجانى وروى عن قتادة وأبى هاشم لا قود على الثانى، لأنه قتل مباح الدم فلم يجب بقتله قصاص كالزانى المحصن.

فــصل: ويقتل الذمى بالذمى سواء اتفقت أديانهم أو اختلفت فـيقتل النصرانى باليهودى والمـجوسى نص عليـه أحمـد فى النصرانى يقـتل بالمـجوسى إذا قـتله قتل فكيف يقـتل به وأديانهمـا مخـتلفة؟ قال: أذهـب إلى أن النبى ﷺ قتل رجلاً بـامرأة يعنى أنه قتلـه بها مع اختلاف دينهما، ولأنهما تكافأ فى العصمة بالذمة ونقيصة الكفر فجرى مجرى القصاص بينهما كما لو تساوى دينهما وهذا مذهب الشافعى.

١٠- مـسألة: (ولا يقتل حر بعبد).

روى هذا عن أبى بكر وعمـر وعلى وزيد وابن الزبير رضي الله عنهم وبه قال الحسن وعـطاء وعمر

---

(٥٣) أخـرجه الدارقطنى فـى «سننه» (٣/ ١٨٤) وذكره الزيلـعى فى «نصب الراية» (٣/ ٢٧٢، ٢٧٣) عن عائشة رضي الله عنها.

(٥٤) أخرجه أبو داود (٤/ ٤٥٣٧) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٤١) من طريق أبى نضره عن أبى فراس وقال: خطب عمر بن الخطاب فقال... وذكره، وقال أحـمد شاكر (٢٨٦): إسناده حسن، وقال أيضًا: أبو فراس: هو النهدى وسـماه بعضهم «الربيع بن زياد» وفـيه نظر، وقال ابن سعـد فى «الطبقات» (٧٧/ ٨٩) وكان أبو فراس شيخًا قليل الحديث، وفى «الميزان»: أنه لا يعرف وفى «التقريب»: مقبول.

قلت: وضعفه الألبانى فى ضعيف أبى داود، وهذا مما أميل إليه والله أعلم. اهـ.

ولنا: على وجوب القـصاص على قاتله أنه محل لـم يتحتم قتله ولم يبح لغـير ولى الدم قتله فوجب القصاص بقتله كما لو كان عليه دين.

ولنا: على وجوب الدية فى تركة الجانى الأول أن القصاص إذا تعذر وجبت الدية كما لو مات أو عفا بعض الشـركاء أو حدث مانع، وفارق العبد الجانى فـإنه ليس له مال ينتقل إليه؛ فإن عفا أولياء الثانى على الدية أخذوها ودفعوها إلى ورثة الأول، فإن كانت عليه ديون ضم ما قبضوا من الدية إلى سائر تركته ثم ضرب أوليـاء المقتول الأول مع سائر أهل الديون فى تركته وديته، وإن أحـال ورثة المقتـول الثانى ورثة المقـتول الأول بالدية على القاتل الثـانى صحت الحوالة، ويتخرج أن تجب دية القتيل الأول على قاتله ابتداءً، لأن أتلف محل حق ورثته فكان غرامته عليه كما لو قتل العبد الجانى، وإن مات القاتل عمدًا وجبت الدية فى تركته وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك: يسقط حق ولى الجناية وتوجيه المذهبين على ما تقدم.

١٤٢٤- مسألة: قال: **(والطفل والزائل العقل لا يقتلان بأحد).**

لا خلاف بين أهل العلم أنه لا قـصاص على صبى ولا مجنون، وكـذلك كل زائل العقل بسبب يعذر فيه مثل النائم والمغمى عليه ونحوهما، والأصل فى هذا قول النبى ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق»(٥٥) ولأن القصاص عقوبة مغلظة فلـم تجب على الصبى وزائل العقل كالحدود، ولأنهم ليس لهم قصد صحيح فهم كالقاتل خطأ.

ابن عبد العـزيز وعكرمة وعمرو بن دينار ومالك والشافـعى وإسحاق وأبو ثور وروى ذلك عن الشعـبى وروى عن سعيد بن المـسيب والنخعى وقـتادة والثورى وأصحـاب الرأى أنه يقتل به لعموم الآيات والأخبار لقول النبى ﷺ: «المؤمنون تتكافأ دماؤهم» ولأنه آدمى معصوم أشبه الحر.

ولنا: مـا روى الإمام أحـمد بـإسناده عن على رضي الله عنه أنه قال: مـن السنة أن لا يقتل حـر بعبد، وعن ابن عباس أن النبى ﷺ قال: «لا يقتل حر بعبد» رواه الدارقطنى (٩)، ولأنه لا يقطع طرفه بطرفـه مع التساوى فى السلامـة فلا يقتل به كالأب مع ابنه، ولأن العـبد منقوص بالرق فلم يقتل به كالمكاتب إذا ملك ما يؤدى، والعمومات مخصوصة بهذا فنقيس عليه.

١١- مسألة: (إلا أن يجرحه وهو مثله أو يقتله ثم يسلم القاتل أو الجارح أو يعتق فيموت المجروح، فإنه يقتل به).

وجملة ذلك: أن الاعتبار فى التكافؤ بحالة الوجوب كالحد فعلى هذا إذا قتل ذمى ذميًا أو

---

(٥٥) تقدم برقم (٢) مسألة رقم (١١٩).

(٩) أخرجه البـيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٣٥) وقـال: إسناده ضعيف وتقدم فى الـمسألة رقم (١٤٢٢) برقم (٤٥) من المغنى.

فصل: فإن اختلف الجانى وولى الجناية فقال الجانى: كنت صبيًا حال الجناية وقال ولى الجناية: كنت بالغًا فالقول قول الجانى مع يمينه إذا احتمل الصدق، لأن الأصل الصغر وبراءة ذمته من القصاص، وإن قال: قتلته وأنا مجنون وأنكر الولى جنونه، فإن عرف له حال جنون فالقول قوله أيضًا لذلك، فإن لم يعرف له حال جنون فالقول قول الولى، لأن الأصل السلامة، وكذلك إن عرف له جنون ثم علم زواله قبل القتل، وإن ثبتت لأحدهما بينة بما ادعاه حكم له، وإن أقاما بينتين تعارضتا فإن شهدت البينة أنه كان زائل العقل فقال الولى: كنت سكران، وقال القاتل: كنت مجنونًا، فالقول قول القاتل مع يمينه، لأنه أعرف بنفسه، ولأن الأصل براءة ذمته واجتناب المسلم فعل ما يحرم عليه.

فصل: فإن قتله وهو عاقل ثم جن لم يسقط عنه القصاص سواء ثبت ذلك عليه ببينة أو

جرحه ثم أسلم الجارح ومات المجروح أو قتل عبد عبدًا أو جرحه ثم عتق القاتل أو الجارح ومات المجروح وجب القصاص، لأنهما متكافئان حال الجناية، ولأن القصاص قد وجب فلا يسقط بما طرأ كما لو جن.

فصل: ولا يقتل السيد بعبده فى قول أكثر أهل العلم، وحكى عن النخعى وداود أنه يقتل به لما روى قتادة عن الحسن عن سمرة قال: إن النبى ﷺ قال: «من قتل عبده قتلناه ومن جدعه جدعناه» رواه سعيد والإمام أحمد والترمذى وقال: حديث حسن غريب[10]، مع العمومات والمعنى فى التى قبلها.

ولنا: ما ذكرناه فى التى قبلها وعن عمر رضي الله عنه أنه قال: لو لم أسمع رسول الله ﷺ يقول: «لا يقاد المملوك من مولاه والوالد من ولده لأقدته منك»[11] رواه النسائى وعن على رضي الله عنه أن رجلاً قتل عبده فجلده النبى ﷺ مائة ونفاه عامًا ومحى اسمه من المسلمين[12]، رواه سعيد والخلال قال أحمد: ليس بشىء من قبل إسحاق بن أبى فروة ورواه عمر وابن شعيب عن أبيه عن جده عن أبى بكر وعمر رضي الله عنهما قالا: «من قتل عبده جلد مائة وحرم سهمه من المسلمين»[13] فأما حديث سمرة فلم يثبت قال أحمد: الحسن لم يسمع من سمرة إنما هى صحيفة وقال غيره: إنما سمع الحسن من سمرة ثلاثة أحاديث ليس هذا منها، ولأن

---

(10) أخرجه الترمذى (٤/ ١٤١٤) وأبو داود (٤/ ٤٥١٥) والنسائى (٨/ ٤٧٥١) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ١٠، ١١، ١٢، ١٩) وإسناده ضعيف.

(11) أخرجه الحاكم فى «المستدرك» (٢/ ٢١٦) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٣٦) وفى إسناده عمر بن عيسى الأسلمى.

(12) أخرجه ابن ماجه فى «السنن» (٢/ ح٢٦٦٤) وإسناده ضعيف جدًا فيه ابن أبى فروة وإسماعيل بن عياش وهما ضعيفان.

(13) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ١٨١٣٩) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٣٧) وقال: أسانيد هذه الأحاديث ضعيفة لا تقوم بشىء منها الحجة.

إقرار، لأن رجوعه غير مقبـول ويقتص منه فى حال جنونه ولو ثبت عليه الحد بإقراره ثم جن لم يقم عليه حال جنونه، لأن رجوعه يقبل فيحتمل أنه لو كان صحيحًا رجع.

فـــصل: ويجب القصــاص على السكران إذا قتل حــال سكره ذكره القــاضى وذكر أبو الخطاب أن وجوب القـصاص عليه مبنى على وقـوع طلاقه وفيه روايتان، فـيكون فى وجوب القصاص عليه وجهان: **أحدهما:** لا يجب عليه، لأنه زائل العقل فأشبه المجنون، ولأنه غير مكلف أشبه الصبى والمجنون.

ولنا: أن الصحابة ﷺ أقـاموا سكره مقام قذفـه فأوجبوا عليه حد القـاذف فلولا أن قذفه موجب للحد عليه لما وجب الحد بمظنته، وإذا وجب الحـد فالقصاص المتمحض حق آدمى أولى، ولأنه حكم لو لم يجب القصـاص والحد لأفضى إلى أن من أراد أن يعـصى الله تعالى شرب ما يسكره ثم يقتل ويزنى ويسرق ولا يلزمه عقوبة ولا مأثم ويصـير عصيانه سببًا لسقوط

الحسن أفـتى بخلافـه، فإنه يقـول: لا يقتل الحر بالعـبد، وقـال: قتل السيـد عبـده يضرب ومخالفته له تدل على ضعفه.

فـــصل: ولا يقطع طرف الحر بطرف العبد بغير خـلاف علمناه بينهم ويقتل العبد بالحر وسيده، لأنه إذا قتل بمثله فبمن هو أكمل منه أولى مع عموم النصوص الواردة فى ذلك ومتى وجب القصاص على العبـد فعفا ولى الجناية إلى المال فله ذلك، ويتعلق أرشهـا برقبته، لأنه موجب جنايته فتعلق برقبته كالقصاص، فإن شاء سيده أن يسلمه إلى ولى الجناية لم يلزمه أكثر من ذلك، لأنه سلم إليه ما تعلق حقـه به، وإن قال ولى الجناية: بعه وادفع إلى ثمنه لم يلزمه ذلك، لأنه لم يتعلق بذمته شىء، وإنمـا يتعلق بالرقبة التى سلمها فبرئ منهـا، وفيه وجه آخر أنه يلزمه ذلك كما يلزمـه بيع الرهن، وإن امتنع من تسليمه واختار فداءه فهل تلزمـه قيمته أو أرش الجناية؟ على روايتين تذكران فى غير هذا الموضع.

12- مسألة: (وإن جرح المسلم كافرًا فأسلم المجروح ثم مات مسلمًا بسراية الجرح لم يقتل به قـاتله لعدم التكافـؤ حال الجناية، وعليه دية مـسلم، لأن اعتبـار الأرش بحال استـقرار الجناية).

وهذا قول ابن حامد بدليل ما لو قطع يدى رجل ورجليه فسرى إلى نفسه ففيه دية واحدة، ولو اعتبر حل الـجناية وجب ديتان، ولو قطع حر يد عبد ثم عتق ومـات لم يجب القود لعدم التكافـؤ حال الجناية وعلى الجـانى دية حر اعـتبـارًا بحال الاسـتقـرار، وهو قول ابن حـامد كالمسألة قبلها ومذهب الشافعى وللسيد أقل الأمرين من نصف قيمته أو نصف دية حر والباقى لورثته، لأن نصف قيمته إن كانت أقل فهى التى وجدت فى ملكه فلا يكون له أكثر منها، لأن الزائد حصل بحريته ولا حق له فـيما حصل بها، وإن كان الأقل الدية لم يستـحق أكثر منها، لأن نقص القيمـة حصل بسبب من جهة الـسيد وهو العتق، وذكر القـاضى أن أحمد نص فى

عقوبة الدنيا والآخرة عنه ولا وجه لهـذا، وفارق هذا الطلاق، ولأنه قول يمكن إلغاؤه بخلاف القتل، فأما إن شرب أو أكل مـا يزيل عقله غير الخمر على وجه محـرم فإن زال عقله بالكلية بحيث صار مـجنونًا فلا قصاص عليه، وإن كان يـزول قريبًا ويعود من غير تداو فـهو كالسكر على ما فصل فيه.

١٤٢٥- **مسألة:** قال: **(ولا يقتل والد بولده وإن سفل)**.

وجملـته: أن الأب لا يقتل بولده، والجد لا يقتل بولد ولده وإن نزلت درجته وسواء فى ذلك ولد البنين أو ولد البنات، ومن نقل عنه أن الوالد لا يقتل بولده عمر بن الخطاب ﷺ، وبه قال ربيـعة والثورى والأوزاعى والشافـعى وإسحاق وأصحـاب الرأى، وقال ابن نافع وابن

رواية حنبل فيمن فقأ عينى عبد ثم عتق ومات أن على الجانى قيمته للسيد، وهذا يدل على أن الاعتبار بحال الجناية، وهو اختيار أبى بكر والقاضى وأبى الخطاب.

قال أبو الـخطاب: من قطع يد ذمى ثم أسلم ومات ضـمنه بدية ذمى، ولو قطع يد عـبد فأعتقه سيـده، ومات فعلى الجانى قيمته للسيد، لأن حكم القصـاص معتبر بحال الجناية دون حال السراية، وكـذلك الدية، والأول أصح إن شاء الله تعالى قاله شيـخنا، لأن سراية الجرح مضمونة، فإذا أتلفت حرّا مسلمًا وجب ضمـانه بدية كاملة كما لو قتله بجرح ثان وقول أحمد فيمن فـقأ عينى عبد عليـه قيمته للسـيد لا خلاف فيه، وإنمـا الخلاف فى وجوب الزائد على القيمة من دية الحر للورثة ولم يذكره أحمـد، ولأن الواجب مقدر بما تقتضى إليه السراية دون ما تتلفه الجناية بدليل أن من قـطعت يداه ورجلاه فسرى القطع إلى نفسه لم يلزم الـجانى أكثر من دية، ولو قطع أصبعًا فسرى إلى نفـسه لوجبت الدية كاملة فكذلك إذا سرت إلى نفس حر مسلم تجب دية كاملة، فأما إن قطع يد مرتد أو حربى فسرى ذلك إلى نفسه لم يجب قصاص ولا دية ولا كفارة سواء أسلم قـبل السراية أو لم يسلم، لأن الجرح غير مضـمون فلم تضمن سرايته بخلاف التى قبلها.

13- **مـسألة: (وإن رمى مسلم ذميّا عبدًا يقع السـهم به حتى عتق وأسلم فلا قود، وعليه دية حر مسلم إذا مات من الرمية)**.

هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعى، وقال أبو بكر: يجب القصاص، لأنه قتل مكافئًا له عمدًا عدوانًا فـوجب القصاص كما لو كان حرّا مـسلمًا كذلك حال الرمى يحققـه أن الاعتبار بحال الإصـابة بدليل ما لو رمى فلم يصبـه حتى ارتد أو مات لم يلزمه شىء، ولو رمى عـبدًا كافرًا فعتق أو أسلم غرمه بدية حر مسلم.

ولنا: على درء القصـاص أنه لم يقصد إلى نفس مكافئـة فلم يجب عليه قصـاص كما لو رمى حربيّا أو مـرتدّا فأسلم، وقال أبو حنيفـة: يلزمه فى العبد دية عبـد لمولاه، لأن الإصابة ناشئة عن إرسال السهم فكان الاعتبار بها كحالة الجرح.

عبـد الحكم وابن المنذر: يقتل به لظاهر آى الكتاب والأخـبار الموجـبة للقصاص، ولأنهـما حران مسلمان من أهل القصــاص فوجب أن يقتل كل واحد منهما بصاحبـه كالأجنبيين، وقال ابن المنذر: قد رووا فى هذا أخبـارًا، وقال مالك: إن قتله حذفًا بالسـيف ونحوه لم يقتل به، وإن ذبحه أو قتله قتلاً لا يشك فى أنه عمد إلى قتله دون تأديبه أقيد به.

ولنا: مـا روى عمر بن الـخطاب وابن عبـاس أن رسول الله ﷺ قال: «لا يقـتل والد بولده» أخرج النسائى حديث عمر(٥٦)، ورواهما ابن ماجه(٥٧)، وذكرهما ابن عبد البر(*)، وقال: هو حديث مـشهور عند أهل العلم بالحجاز والعـراق مستفيض عندهم يستـغنى بشهرته وقبولـه والعمل به عن الإسناد فيه حـتى يكون الإسناد فى مثله مع شهـرته تكلفًا، ولأن النبى

ولنا: أن الإصابة حصلت فى حر فكان ضمانه ضمان الأحرار كما لو قصد هدفًا أو طائرًا فأصاب حرًا ثم يبطل بما إذا رمى حـيًا فأصابه ميتًا أو عبدًا صحيـحًا فأصابه بعد قطع يديه لم تجب ديته لورثته وعنده تجب لمولاه، ولو رمى كافرًا فـأصابه السهم بعد أن أسلم كانت ديته لورثته المسلمين، وعند أبى حنيفة لورثته الكفار.

ولنا: أنه مات مسلمًا حرًا فكانت ديته للمسلمين كما لو كان مسلمًا حال الرمى، فوجوب المال معـتبر بحال الإصابة، لأنـه يدل على المحل فيعتـبر عن المحل الذى فات بهـا فيجب بقدره وقد فات بهـا نفس مسلم حر، والقصاص جزء الفعل فـيعتبر الفعل فيـه والإصابة معًا، لأنهما طرفاه فلذلك لم يجب القصاص بقتله.

فصل: ولو قطع يد عبد ثم عتق ومات أو يد ذمى ثم أسلم ومات ففيه وجهان:

أحدهـما: الواجب دية حر مسلم لورثته ولسيده منها أقل الأمرين من ديته أو أرش جنايته اعتـبارًا بحـال استقـرار الجناية، وقال القـاضى وأبو بكر: تجب قيـمة العـبد بالغة مـا بلغت مصـروفة إلى السيـد اعتبارًا بحـال الجناية، لأنها المـوجب للضمان فاعـتبرت حـال وجودها ومقتضى قولهما ضمــان الذمى الذى أسلم بدية ذمى ويلزمهما على هذا أن يصرفاها إلى ورثته من أهل الذمة، وهو غير صـحيح، لأن الدية لا تخلو من أن تكون مستحقـة للمجنى عليه أو

---

(٥٦) وأما حديث عمر ﷺ «لا يقاد والد بولده» فأخرجه الترمذى فى «سننه» (٤/ ح١٤٠٠) وابن ماجه فى «الديات» (٢/ ح٢٦٦٢) وابن أبـى عـاصم فى «الـسنة» (٣٢) والدارقطنى فـى «السنن» (٣/ ١٤٠، ١٤١) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٢٣) بنحوه وإسناده صحيح، ولم أجده فى النسائى ولا فى الكبرى.

(٥٧) وأما حديث ابن عـباس ﷺ فأخرجه ابن ماجـه فى «الديات» (٢/ ح٢٦٦١) والترمذى فى «الديات» (٤/ ح١٤٠٠) والحاكم فى «المـستدرك» (٢/ ٢١٦، ٣٦٨) وقال: صـحيح الإسناد ورده الذهبى فى الموضع الأول، فـقال: قلت: بل عمر بن عـيسى منكر الحديث. ثم نسى ذلك فى المـوضع الثانى ووافق الحاكم على تصحيحه. وأخرجه أبو نعيم فى «الحلية» (٤/ ١٨) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٣٩) وقال الألبانى فى «الإرواء» (٧/ ٢٧٢): والحديث مجموع الطرق صحيح ثابت.

(*) انظر التمهيد لابن عبد البر (٢٣/ ٤٣٦).

عليه السلام قال: «أنت ومـالك لأبيك»[(٥٨)] وقضية هذه الإضافة تمليكه إياه، فـإذا لم تثبت حقيقة الملكية بقيت الإضافة شبهة فى درء القـصاص، لأنه يدرأ بالشبهات، ولأنه سبب إيجاده، فلا ينبغى أن يتسلط بسببه على إعدامـه، وما ذكرناه يخص العمومات، ويفارق الأب سائر الناس، فإنهم لو قتلوا بالحذف بالسيف وجب عليهم القصاص والأب بخلافه.

فـصل: والجد وإن علا كالأب فى هذا، وسـواء كان من قبل الأب أو من قبل الأم فى قول أكثر مسقطى القصاص عن الأب، وقال الحسن بن حى[(*)]: يقتل به.

ولنا: أنه والد فـيدخل فى عـموم النص، ولأن ذلك حكم يتـعلق بالولادة فاستوى فـيه القريب والبعيـد كالمحرمية والعتق إذا ملكه، والجد من قـبل الأب كالجد من قبل الأم، لأن ابن البنت يسمى ابنًا قال النبى عليه السلام فى الحسن: «إن ابنى هذا سيد»[(٥٩)].

مسألة: قال: **(والأم فى ذلك كالأب)**.

هذا الصحـيح من المذهب وعليـه العمل عند مـسقطى القـصاص عن الأب، وروى عن أحمد رحمه الله ما يدل على أنه لا يسقط عن الأم، فإن مهنا نقل عنه فى أم ولد قتلت سيدها عمدًا تقتل، قـال: من يقتلها؟ قال: ولدها، وهذا يدل على إيجاب القـصاص على الأم بقتل ولدها، وخرجها أبو بكر على روايتين: **إحداهما:** أن الأم تقتل بولدها، لأنه لا ولاية لها عليه فتقتل به كالأخ، والصـحيح الأول لقول النبى عليه السلام: «لا يقتل والد بولده»[(٦٠)] ولأنهـا أحد الوالدين فأشـبهت الأب، ولأنها أولى بالبر فكانـت أولى بنفى القصاص عنها، والولاية غـير معتبرة بدليل انتفاء القصاص عن الأب بقتل الكبير الذى لا ولاية عليه وعن الجد ولا ولاية له

لورثته، فإن كانت له وجب أن تكون لورثته المسلمين كسـائر أمواله وأملاكه كالذى كسبه بعد جرحه، وإن كانت تحدث على ملك ورثته فورثته هم المسلمون دون الكفار.

فـصل: وإن قطع أنف عبد قيمته ألف دينار فاندمل ثم أعتقه السيد وجبت قيمته بكمالها للسيد، وإن أعتـقه ثم اندمل فكذلك، لأنه إنما استقـر بالاندمال ما وجب بالجناية، والجناية كانت فى ملك سيـده، وإن مات من سراية الجرح فكذلك فى قـول أبى بكر والقاضى، وهو قول المـزنى، لأن الجناية يراعى فيهـا حال وجودها، وذكـر القاضى أن أحمـد نص عليه فى رواية حنبل فيمن فقأ عينى عبد ثم أعتق ومات ففـيه قيمته لا الدية، ومقتضى قول الخرقى أن الواجب فيه دية حر، وهو مذهب الشافعى، لأن اعتبار الجناية بحالة الاستقرار وقد ذكرناه.

---

(٥٨) تقدم تخريجه فى المسألة رقم (٤٧٦) برقم (٥٤).

(*) هو الحسن بن صـالح بن حى، الإمام الأكبـر، أحد الأعلام، أبو عـبد الله الهمـدانى الثورى الكوفى، الفقـيه العابـد. قال الذهبى: هو من أئمة الإسـلام لولا تلبسـه ببدعة، مـات سنة تسع وتسعـين ومائة «تهذيب السير» (١١٤٨).

(٥٩) تقدم برقم (٧٥) فى المسألة رقم (٤٢٤).

(٦٠) تقدم برقم (٥٦).

وعن الأب المخالف فى الدين أو الرقيق والجدة وإن علت فى ذلك كالأم وسواء فى ذلك من قبل الأب أو من قبل الأم لما ذكرنا فى الجد.

فـصـل: وسواء كان الوالد مساويًا للولد فى الـدين والحرية أو مخالفًا له فى ذلك، لأن انتفاء القصاص لشرف الأبوة، وهو موجـود فى كل حال، فلو قتل الكافر ولده المسلم أو قتل المسلم أباه الكافر أو قتل الـعبد ولده الحر أو قتل الحر ولده العبـد لم يجب القصاص لشرف الأبوة فيما إذا قتل ولده وانتفاء المكافأة فيما إذا قتل والده.

فـصـل: وإذا ادعى نفـران[٦١] نسب صغير مجهول النسـب ثم قتلاه قبل إلحاقه بواحد منهما فـلا قصاص عليهما، لأنه يجـوز أن يكون ابن كل واحد منهما، أو ابنهما وإن ألـحقته القافة بأحـدهما ثم قتلاه لم يقـتل أبوه وقتل الآخر، لأنه شريك الأب فى قـتل ابنه وإن رجعا جميعًا عن الدعوى لم يقبل رجوعهما، لأن النسب حق للولد فلم يقبل رجوعهما عن إقرارهما به كمـا لو أقر له بحق سواه أو كـما لو ادعاه واحد فـألحق به ثم جحده، وإن رجع أحـدهما صح رجوعه، وثبت نسبه من الآخر، لأن رجوعـه لم يبطل نسبه، ويسقط القصاص عن الذى لم يرجع ويجب على الراجع، لأنه شارك الأب وإن عـفا عنه فعليه نصف الـدية، ولو اشترك رجلان فى وطء امـرأة فى طهر واحـد وأتت بولد يمكن أن يكون منهمـا فقتـلاه قبل إلحـاقه بأحدهما لم يجب القصاص وإن نفيا نسبه لم ينتف بقولهما، وإن نفاه أحدهما لم ينتف بقوله،

فـصل: فإن قطع يد عبد فأعتق ثم عاد فقطع رجله واندمل القطعان فلا قصاص فى اليد، لأنها قطعت فى حال رقه، ويجب فيها نصف قيمتـه أو ما نقصه العبد لسيده إذ قلنا: إن العبد يضمن بما نقصـه، ويجب القصاص فى الرجل التى قطعها حال حـريته أو نصف الدية إن عفا عن القصاص لورثته، وإن اندمل قطع اليد وسرى قطع الرجل إلى نفسه ففى اليد نصف القيمة لسيده وعلى القاطع القصـاص فى النفس أو الدية كاملة لورثته، وإن اندمل قطع الرجل وسرى قطع اليـد ففى الرجل القـصاص بقطعـها أو نصف الدية لورثتـه ولا قصاص فى الـيد ولا فى سرايتها وعلـى الجانى دية حر لسيده منها أقل الأمـرين من أرش القطع أو دية الحر على قول ابن حامد وعلى قول أبى بكر والقاضى تجب قيمة العبد لسيده اعتبارًا بحال جنايته، وإن سرى الجرحان لم يجب القصاص فى النفس ولا اليد، لأنه مـات من جرحين موجب وغير موجب فلم يجب القصاص كما لو جرحه جرحين خطأ وعمدًا ولكن يجب القصاص فى الرجل، لأنه قطعها من حر، فإن اقتص منه وجب نصف الدية، لأنه مـات من جنايته، وقد استوفى منه ما يقابل نصف الدية، وللسيد أقل الأمرين من نصف القيمة أو نصف الدية، فإن زاد نصف الدية على نصف القيمة كان الزائد للورثة، وإن عفا ورثته عن القصاص فلهم أيضًا نصف الدية، فإن كان قاطع الرجل غير قاطع اليد واندمل الجرحان فـعلى قاطع اليد نصف القيمة لسيده، وعلى

---

(٦١) فى بعض النسخ: وإذا تداعى نفسان.

لأنه لحقه بالفراش فلا ينتفى إلا باللعان، وفارق التى قبلها من وجهين: **أحدهما:** أن أحدهما إذا رجع عن دعواه لحق الآخر وههنا لا يلحق بذلك، **والثانى:** أن ثبوت نسبه تم بالاعتراف فيسقط بالجحد، وههنا يثبت بالاشتراك فى الوطء فلا ينتفى بالجحد، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كما قلنا سواء.

فصل: ولو قتل أحد الأبوين صاحبه ولهما ولد لم يجب القصاص، لأنه لو وجب لوجب لولده، ولا يجب للولد قصاص على والده، لأنه إذا لم يجب بالجناية عليه فلأن لا يجب له بالجناية على غيره أولى وسواء كان الولد ذكرًا أو أنثى أو كان للمقتول ولد سواه أو من يشاركه فى الميراث أو لم يكن، لأنه لو ثبت القصاص لوجب له جزء منه ولا يمكن وجوبه، وإذا لم يثبت بعضه سقط كله، لأنه لا يتبعض، وصار كما لو عفا بعض مستحق القصاص عن نصيبه منه، فإن لم يكن للمقتول ولد منهما وجب القصاص فى قول أكثر أهل العلم، منهم عمر بن عبد العزيز والنخعى والثورى والشافعى وأصحاب الرأى، وقال الزهرى: لا يقتل الزوج بامرأته، لأنه ملكها بعقد النكاح فأشبه الأمة.

ولنا: عمومات النص، ولأنهما شخصان متكافئان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فيقتل به كالأجنبيين، وقوله: إنه ملكها غير صحيح فإنها حرة، وإنما ملك منفعة الاستمتاع فأشبه المستأجرة، ولهذا تجب ديتها عليه، ويرثها ورثتها، ولا يرث منها إلا قدر ميراثه، ولو قتلها غيره كانت ديتها أو القصاص لورثتها بخلاف الأمة.

قاطع الرجل القصاص فيها أو نصف الدية، وإن سرى الجرحان إلى نفسه فلا قصاص على الأول، لأنه قطع يد عبد وعليه نصف دية حر، لأن المجنى عليه حر فى حال استقرار الجناية، وعلى الثانى القصاص فى النفس إذا كانا عمدا القطع، لأنه شارك فى القتل عمدًا عدوانًا فهو كشريك الأب، ويتخرج أن لا قصاص عليه فى النفس، لأن الروح خرجت من سراية قطعين موجب وغير موجب بناء على شريك الأب، وإن عفا عنه إلى الدية فعليه نصف دية حر، وإن قلنا بوجوب القصاص فى النفس خرج فى وجوبه فى الطرف روايتان، وإن قلنا: لا يجب فى النفس وجب فى الرجل.

فصل: وإن قلع عين عبد ثم عتق ثم قطع أخر يده ثم قطع آخر رجله فلا قود على الأول سواء اندمل جرحه أو سرى، وأما الآخرن فعليهما القصاص فى الطرفين إن وقف قطعهما أو ديتهما إن عفا عنهما، وإن سرت الجراحات كلها فعليهما القصاص فى النفس، لأن جنايتها صارت نفسًا وفى ذلك وفى القصاص فى الطرف اختلاف ذكرناه، وإن عفا عنهما فعليهما الدية أثلاثًا، وفيما يستحقه السيد وجهان: **أحدهما:** أقل الأمرين من نصف القيمة أو ثلث الدية على قياس قول أبى بكر، لأنه بالقطع استحق نصف القيمة، فإذا صارت نفسًا وجب فيها ثلث الدية فكان له أقل الأمرين.

فـــصل: ولو قتل رجل أخاه فـورثه ابنه أو أحد يرث ابنه منه شيئًـا من ميراثه لم يجب القصـاص لما ذكرنا، ولو قـتل خال ابنه فورثت أم ابنه القـصاص أو جزءًا منه ثم مـاتت بقتل الزوج أو غيره فورثها ابنه سقط القـصاص، لأن ما منع مقارنًا أسقط طارئًا وتجب الدية، ولو قتلت المرأة أخا زوجها فصار القصاص أو جزء منه لابنها سقط القصاص سواء صار إليه ابتداء أو انتقل إليه من أبيه أو من غيره لما ذكرنا.

فـصل: وإذا قتل أحد أبوى المكاتب أو عبـدًا له لم يجب القصاص، لأن الوالد لا يقتل بولده ولا يثبت للولد على والده قـصاص، وإن اشترى المكاتب أحـد أبويه ثم قتله لم يجب عليه قصاص لأن السيد لا يقتل بعبده.

فـصل: ابنان قتل أحدهما أباه، والآخر أمه، فإن كانت الزوجية بينهما موجودة حال قتل الأول فالقصاص على قاتل الثانى دون الأول، لأن الـقتيل الثانى ورث جزءًا من دم الأول فلما قتل ورثه قاتل الأول فصار له جزء من دم نفسـه فسقط القصاص عنه ووجب له القصاص على أخـيه، فـإن قتـله ورثه إن لم يكن له وارث سـواء، لأنه قتله بحق، وإن عـفـا عنه إلى الدية وجبت، وتقاضا بما بيـنهما وما فضل لأحدهما فهو له على أخـيه، وإن لم تكن الزوجية بين الأبوين قائمة فعلى كـل واحد منهما القصاص لأخيـه، لأنه ورث الذى قتله أخوه وحده دون قاتله، فإن بادر أحدهما فـقتل صاحبه فقد استوفى حقـه وسقط القصاص عنه، لأنه يرث أخاه لكونه قتلاً بحق فـلا يمنع الميراث إلا أن يكون للمقتول ابن أو ابن ابن يحـجب القاتل فيكون له قتل عمه ويرثه إن لم يكن له وارث سواه، وإن تشاحا فى المـبتدئ منهما بالقتل احتمل أن

والثـانى: له أقل الأمرين من ثلث القيمة أو ثلـث الدية، لأن الجناية إذا صارت نفسًا كان الاعتبار بما آلت إليه ألا ترى أنه لو جنى الجانيان الآخران قبل العتق أيضًا لم يكن على الأول إلا ثلث القيمـة، ولا يزيد حقه بالعتق كـما لو قلع رجل عينه ثم باعه سـيده ثم قطع آخر يده وآخر رجله ثم مات، فإنه يكون للأول ثلث القيمـة، وإن كان أرش الجناية نصف القيمة، فإذا قلنا بالوجه الأول قطع أصبعه أو هشمه، أو الجـانيان فى الحرية قطعا يديه فالدية عليهم أثلاثًا للسيد منها أقل الأمرين من أرش الأصبع، وهو عشر القيمة أو ثلث الدية، ولو كان الجانى فى حال الرق قطع يديه والجانيان فى الحرية قطعا رجليه وجبت الدية أثلاثًا، وكان للسيد منها أقل الأمرين من جميع قيمته أو ثلث الدية وعلى الوجه الآخر يكون له فى الفرعين أقل الأمرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية.

فـــصل: فإن كان الجانيـان فى حال الرق والواحد فى حال الحرية فمـات فعليهم الدية وللسيد من ذلك فى أحد الوجهـين أقل الأمرين من أرش الجنايتين أو ثلثى الدية وعلى الآخر أقل الأمرين من ثلثى القيمة أو ثلثى الدية.

فـصل: فإن كان الجناة أربعة واحد فى الرق وثلاثة فى الحرية ومات كان للسيد فى أحد

يبدأ بقـتل القاتل الأول، لأنه أسبق، واحـتمل أن يقرع بينهـما، وهذا قول القـاضى ومذهب الشافعي، لأنهما تساويا فى الاستحقاق فيصـيرا إلى القرعة وأيهما قتل صاحبه أولاً إما بمبادرة أو قرعـة ورثه فى قياس المذهب إن لم يكـن له وارث سواه وسقط عنه القصـاص، وإن كان محجوبًا عن ميراثه كله، فلوارث القتيل قتل الآخـر وإن عفا أحدهما عن الآخر ثم قتل المعفو عنه العافى ورثه أيضًا، وسقط عنه ما وجب عليه من الدية، وإن تعافيا جميعًا على الدية تقاصا بما اسـتويا فيه ووجب لقـاتل الأم الفضل على قاتل الأب، لأن عـقل الأم نصف عقل الأب ويتخرج أن يسقط القصاص عنهما لتساويهما فى استحقاقه لسقوط الديتين إذا تساوتا، ولأنه لا سبيل إلى استيفائهما معًا، واستيفاء أحدهما دون الآخر حيف فلا يجوز، فتعين السقوط، وإن كان لكل واحد منهما ابن يحجب عمه عن ميـراث أبيه، فإذا قتل أحدهما صاحبه ورثه ابنه ثم لابنه أن يقتل عمه، ويرثه ابنه، ويرث كل واحد من الابنين مال أبيه ومال جده الذى قتله عمه دون الذى قتله أبوه، وإن كان لكل واحد منهما ابنة فقتل أحدهما صاحبه سقط القصاص عنه، لأنه ورث نصف مال أخيه ونصف قصاص نفسه فسقط عنه القصاص وورث مال أبيه الذى قتله أخوه ونصف مال أخيه ونصف مال أبيه الذى قتله هو وورثت البنت التى قتل أبوها نصف مال أبيها ونصف مال جدها الذى قتله عمها، ولها على عمها نصف دية قتيله.

فـصل: أربعة إخوة قتل الأول الثانى والثالث الرابع فالقصاص على الثالث، لأنه لما قتل الرابع لم يرثه وورثه الأول وحده، وقد كان للرابع نصف قصـاص الأول فرجع نصف قصاصه إليه فـسقط ووجب للثـالث نصف الدية وكان للأول قـتل الثالث، لأنه لم يرث من دم نفـسه

الوجهـين الأقل من أرش الجناية أو ربع الدية، وإن كـان الثلاثة فى الرق والواحـد فى الحرية كان للسـيد أقل الأمرين من أرش الجنايات أو ثـلاثة أرباع الدية فى أحد الوجهـين وفى الآخر الأقل من ثلاثة أرباع القيـمة أو ثلاثة أرباع الدية، ولو كانوا عـشرة واحد فى الرق وتسـعة فى الحرية فالدية عليهم، فللسيد فيها بحساب ما ذكرنا على اختلاف الوجهين.

فـصل: وإن قطع يده ثم عتق فقطع آخر رجله ثم عاد الأول بعد الاندمال فعليه القصاص للورثة ونصف القيـمة للسيـد، وعلى الآخر القصاص للـورثة فى الرجل أو نصف الدية، فإن كان قبل الاندمال فعلى الجانى الأول القصـاص فى النفس دون اليد، لأنه قطعها فى رقه، فإن اختار الورثة القصاص فى النفس سقط حق السيد، لأنه لا يجوز أن يستحق عليه النفس وأرش الطرف قبل الاندمال، فإن الطرف داخل فى النفس وفى الأرش، فإن اختاروا العفو فعليه الدية دون أرش الطرف، لأن أرش الطرف يدخل فى النفس، وللسيد أقل الأمـرين من نصف القيمة أو أرش الطرف والباقى للورثة، وأما الثانى فعليه القصاص فى الرجل، لأن القتل قطع سرايتها فصـار كما لو اندملت، فإن عـفا عنه فعليـه نصف الدية، وإن كان الثانى هو الذى قـتله قبل الاندمال فعليه القصاص فى النفس، وهل يقطع طرفه؟ على روايتين، فإن عفا الورثة فعليه دية

شيئًا، فإن قتله ورثه فى ظاهر المذهب ويرث مـا يرثه عن أخيه الثانى، وإن عفا عنه إلى الدية وجبت عليه بكمالها يقـاصه بنصفها، وإن كان لهما ورثة كان فيهـا من التفصيل مثل الذى فى التى قبلها.

١٤٢٧- مسألة: قال: **(ويقتل الولد بكل واحد منهما)**.

هذا قـول عامـة أهل العلم منهم مـالك والشافـعى وإسحـاق وأصحـاب الرأى، وحكى أصحـابنا عن أحمد رواية ثانيـة: أن الابن لا يقتل بأبيـه، لأنه ممن لا تقبل شـهادته له بحق النسب فلا يقتل به كـالأب مع ابنه، والمذهب أنه يقتل به للآيات والأخبار وموافـقة القياس، ولأن الأب أعظم حرمة وحقًا من الأجنبى، فإذا قـتل بالأجنبى فبالأب أولى، ولأنه يحد بقذفه فيـقتل بـه كالأجنبى، ولا يصح قـياس الابن على الأب، لأن حـرمة الوالد على الولـد آكد، والابن مضـاف إلى أبيه بلام التـمليك بخلاف الولد مع الوالد، وقـد ذكر أصـحابنا حـديثين متعارضين عن سراقة عن النبى ﷺ: **أحدهما:** أنه قال: «لا يقاد الأب من ابنه ولا الابن من أبيه» **والثـانى:** أنه كان يقيد الأب من ابنه ولا يقيد الابن من أبيه، رواه الترمذى(٦٢)، وهذان الحديثـان، أما الحـديث الأول لا نعرفـه ولم نجده فى كـتب السنن المشـهورة، ولا أظن له

واحدة، وأما الأول فعليه نصف القيمة للسيد ولا قصاص عليه، وإن كان القاتل ثالثًا فقد استقر القطعان، ويكون على الأول نصف القـيمة لسيده وعلى الثـانى القصاص فى الرجل أو نصف الدية لورثته وعلى الثالث القصاص فى النفس أو الدية.

فـصل: وإذا قطع رجل يد عبد ثم أعتقه ثم اندمل جرحـه فلا قصاص عليه ولا ضمان، لأنه إنما قطع يد عبده وإنمـا استقر بالاندمال ما وجب بالجراح، وإن مـات بعد العتق بسراية الجرح فـلا قصاص فـيه، لأن الجناية كانت عـلى مملوكه، وفى وجـوب الضمان وجـهان: **أحدهـما:** لا يجب شىء، لأنه مات بسراية جرح غير مضـمون أشبه ما لو مات بسراية القطع فى الحد، وبسراية القود، ولأننا تبـينا أن القطع كان قتلاً فيكون قاتلاً لعبده فـلا يلزمه ضمانه كما لو لم يعتقـه، وهذا مقتضى قول أبى بكر **والثـانى:** يضمنه بمـا زاد على أرش القطع من الدية، لأنه مات وهو حر بسراية قطع عـدوان فيضمن، كما لو كان القـاطع أجنبيًا لكن يسقط أرش القطع، لأنه فى ملكه ويجب الزائد لورثتـه فإن لم يكن وارث سواه وجب لبـيت المال، ولا يرث السيد شيئًا، لأن القاتل لا يرث.

14- مسألة: **(ولو قتل من يعرفه ذميًا أو عبدًا فبان أنه قد عتق وأسلم فعليه القصاص)**.

لأنه قتل من يكافئه بغير حق أشبه ما لو علم حاله.

---

(٦٢) أخرجـه الترمذى فى «الديات» (٤/ ح١٣٩٩) من حـديث سراقة بن جـعشم، وقال أبو عـيسى: هذا حديث لا نعرفه من حديث سراقة إلا من هذا الوجه ولـيس إسناده بصحيح، رواه إسماعيل بن عياش عن المثنى بن الصباح، والمثنى بن الصباح يضعف فى الحديث.

أصلاً، وإن كان له أصل فهما متعارضان متدافعان يجب اطراحهما والعمل بالنصوص الواضحة الثابتة والإجماع الذى لا تجوز مخالفته.

١٤٢٨- **مسألة:** قال: (**ويقتل الجماعة بالواحد**).

وجملته: أن الجماعة إذا قتلوا واحدًا فعلى كل واحد منهم القصاص إذا كان كل واحد منهم لو انفرد بفعله وجب عليه القصاص روى ذلك عن عمر وعلى والمغيرة بن شعبة وابن عباس، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وأبو سلمة وعطاء وقتادة وهو مذهب مالك والثورى والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبى ثور وأصحاب الرأى، وحكى عن أحمد رواية أخرى: لا يقتلون به وتجب عليهم الدية، وهذا قول ابن الزبير والزهرى وابن سيرين وحبيب ابن أبى ثابت وعبد الله وربيعة وداود وابن المنذر وحكاه ابن أبى موسى عن ابن عباس، وروى عن معاذ بن جبل وابن الزبير وابن سيرين والزهرى: أنه يقتل منهم واحد ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية، لأن كل واحد منهم مكافئ له فلا تستوفى أبدال بمبدل واحد كما لا تجب ديات لمقتول واحد، ولأن الله تعالى قال: ﴿**الْحُرُّ بِالْحُرِّ**﴾ (البقرة: ١٧٨) وقال: ﴿**وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ**﴾ (المائدة: ٤٥) فمقتضاه أنه لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة ولأن التفاوت فى الأوصاف يمنع بدليل أن الحر لا يؤخذ بالعبد والتفاوت فى العدد أولى، قال ابن المنذر: لا حجة مع من أوجب قتل جماعة بواحد.

ولنا: إجماع الصحابة ﷺ، روى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعًا[٦٣]، وعن على ﷺ

15- **مسألة:** (**وإن كان يعرفه مرتدًا فكذلك عند أبى بكر**).

لما ذكرنا قال: ويحتمل أن لا يلزمه إلا الدية، لأنه لم يقصد قتل معصوم، فلم يلزمه قصاص كما لو قتل فى دار الحرب من يظنه حربيًا فبان أنه بعد أن أسلم.

فصل: (**الرابع أن لا يكون أبًا للمقتول فلا يقتل الوالد بولده، وإن سفل والأب والأم فى ذلك سواء**).

وجملة ذلك: أن الأب لا يقتل بولد ولا بولد ولده وإن نزلت درجته، وسواء فى ذلك ولد البنين وولد البنات، وممن نقل عنه أن الوالد لا يقتل بولده ولا بولد ولده عمر بن الخطاب، وبه قال ربيعة والثورى والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى، وقال ابن نافع وابن عبد الحكم وابن المنذر: يقتل به لظاهر آى الكتاب والأخبار الموجبة للقصاص، ولأنهما حران مسلمان من أهل القصاص فوجب أن يقتل كل واحد منهما بصاحبه كالأجنبيين، وقال ابن المنذر: قد رووا فى هذا الباب أخبارًا، وقال مالك: إن قتله حذفًا بالسيف ونحوه لم يقتل به، وإن ذبحه أو قتله قتلاً لا يشك فى أنه عمد إلى قتله دون تأديبه أقيد به.

---

(٦٣) تقدم برقم (٢٦) مسألة رقم (١٤١٧).

أنه قـتل ثلاثة قتلوا رجـلاً(٦٤)، وعن ابن عباس أنه قتل جمـاعة بواحد، ولم يعرف لهم فى عصرهم مخالف فكان إجماعًا، ولأنهـا عقوبة تجب للواحد على الواحد فوجبت للواحد على الجماعة كحد القذف، ويفارق الدية، فإنها تتبعض، والقصاص لا يتبعض، ولأن القصاص لو سقط بالاشتراك أدى إلى التسارع إلى القتل به فيؤدى إلى إسقاط حكمة الردع والزجر.

فصل: ولا يعتبر فى وجوب القصاص على المشتركين التساوى فى سببه فلو جرحه رجل جرحًا والآخر مائة أو جرحه أحدهما موضحة والآخر آمة أو جرحه أحدهما جائفة والآخر غير جائفة فمات كـانا سواء فى القصاص والدية، لأن اعتبار التساوى يفـضى إلى سقوط القصاص عن المشـتركـين إذ لا يكاد جرحـان يتساويان من كل وجـه، ولو احتـمل التساوى لـم يثبت الحكم، لأن الشـرط يعتبـر العلم بوجوده، ولا يكتـفى باحتمـال الوجود بل الجـهل بوجوده كالعلم بعـدمه فى انتفـاء الحكم، ولأن الجرح الواحد يحتـمل أن يموت منه دون المائة كـما يحتمل أن يمـوت من الموضحة دون الآمة ومـن غير الجائفة دون الجـائفة، ولأن الجراح إذا صارت نفسًا سقط اعتبارها فكان حكم الجماعة كحكم الواحد ألا ترى أنه لو قطع أطرافه كلها فمات وجبت دية واحدة كما لو قطع طرفه فمات؟.

ولنا: مـا روى عمر بن الـخطاب وابن عبـاس أن رسول الله ﷺ قال: «لا يقـتل والد بولده»(14) أخرج النسائى حديث عمر ورواهما ابن ماجه، وذكرهما ابن عبد البر، وقال: هو حديث مـشهور عن أهل العلم بالـحجاز والعـراق مستفـيض عندهم يستـغنى بشهرته وقـبوله والعمل به عن الإسناد فـيه حتى يكون الإسناد فـى مثله مع شهرتـه تكلفًا، ولأن النبى ﷺ قال: «أنت ومـالك لأبيك»(15) وقضية هذه الإضافة تمليكه إياه، فإذا لم يثبت حقيقة الملكية ثبتت الإضافة شـبهة فى درء القصاص، لأنه يدرأ بالشبهات، ولأنه سـبب إيجاده فلا ينبغى أن يتسلط بسبـبه على إعدامه وما ذكـرناه يخص العمومات، ويفـارق الأب سائر الناس فإنهم لو قتلوا بالحذف بالسيف وجب عليهم القصاص والأب بخلافه.

فصل: والجد وإن علا كالأب فى هذا وسواء كان من قبل الأب أو قبل الأم فى قول أكثر مسقطى القصاص عن الأب، وقال الحسن بن حى: يقتل به.

ولنا: أنه والد فـيدخل فى عـموم النص، ولأن ذلك حكم يتـعلق بالولادة فاسـتوى فـيه

---

(٦٤) أخرجه ابن أبى شيـبة فى «المصنف» (٩/ ٣٤٨) من طريق أبى إسحاق عن سـعيد بن وهب قال. . . فذكـره. وفى إسناده سعـيد بن وهب وهو الثـورى الهمدانى الكـوفى مجهـول الحال قـال الحافظ: مقبول.

(14) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٦٦٢) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٤٩) وصححه الألبانى فى صحيح ابن ماجه (٢/ ٢١٥).

(15) تقدم تخريجه برقم (٥٨) مسألة رقم (١٤٢٥) مغنى.

فـصـل: إذا اشترك ثلاثة فى قتل رجل فقطع أحـدهم يده والآخر رجله وأوضحه الثالث فمات فللولى قتل جميعهم والعفو عنهم إلى الدية فيأخذ من كل واحد ثلثها، وله أن يعفو عن واحد فيأخذ منه ثلث الدية، ويقتل الآخرين، وله أن يعـفو عن اثنين فيأخذ منهما ثلثى الدية، ويقتل الثالث، فإن برئت جراحة أحـدهم ومات من الجرحين الآخرين فله أن يقتص من الذى برئ جرحه بمثل جـرحه، ويقتل الآخرين أو يأخذ منهما دية كاملة أو يقـتل أحدهما، ويأخذ من الآخر نصف الـدية وله أن يعفو عن الذى بـرئ جرحه ويأخـذ منه دية جرحـه، فإن ادعى الموضح أن جرحه برئ قبل موته وكذبه شريكاه نظرت فى الولى، فإن صدقه ثبت حكم البرء بالنسبـة إليه فـلا يملك قتله ولا مطالبتـه بثلث الدية وله أن يقتص منـه موضحـة أو يأخذ منه أرشـها ولم يقـبل قوله فى حق شـريكه، لأن الأصل عـدم البرء فـيهـا لكن إذا اختـار الولى القصاص فلا فائدة لهما فى إنكار ذلك، لأن له أن يقـتلهما سواء برئت أو لم تبرأ، وإن اختار الدية لم يلزمهما أكثر من ثلثيهـا، وإن كذبه الولى حلف، وله الاقتصاص منه أو مطالبته بثلث الدية ولم يكن له مطالبة شريكه بأكثر من ثلثها، فإن شهد له شريكاه ببرئها لزمهما الدية كاملة لإقرارهما بوجوبها، وللولى أخذها منهما إن صدقهما وإن لم يصدقهما وعفا إلى الدية لم يكن له أكثر من ثلثيها لأنه لا يدعى أكثر من ذلك، وتقبل شهادتهما له إن كانا قد تابا وعدلا لأنهما لا يجران إلا أنفسهما بذلك نفعًا فيسقط القصاص عنه ولا يلزمه أكثر من أرش موضحة.

القريب والبعيد كالمحرمـية والعتق إذا تملكه، والجد من قبل الأم كالذى من قبل الأب، وقال النبى ﷺ : «إن ابنى هذا سيد»[16].

فـــصـل: ويستوى فـى ذلك الأب والأم فى الصحيح من المذهب، وعليـه العمل عند مسقطى القصاص عن الأب، وعن أحمد ما يدل على أنه لا يسقط عن الأم، فإن مهنا نقل عنه فى أم ولد قتلت سيـدها عمدًا تقتل، قـال: من يقتلها؟ قال: ولدها، وخرجـها أبو بكر على روايتين:

إحداهما: أن الأم تقتل بولدها، لأنها لا ولاية لها عليه أشبه الأخ، والصحيح الأول لقول النبى ﷺ : «لا يقـتل والد بولده» ولأنها أحـد الأبوين فأشـبهت الأب، ولأنها أولى بـالبر فكانت أولى بنفى القصـاص عنها، والولاية غير معـتبرة بدليل انتفاء القـصاص عن الأب قتل ولده الكبـير الذى لا ولاية له عليـه، وعن الأب المخـالف فى الدين أو الرقيق، والـجد وإن علت فى ذلك كالأم وسواء فى ذلك من قبل الأب أو من قبل الأم لما ذكرنا فى الجد.

فـصل: وسواء فى ذلك اتفاقهما فى الدين والحرية واختلافهما فيه، لأن انتفاء القصاص

---

(16) أخرجه البخـارى فى كتاب «الصلح» وكتاب «المناقب» من صـحيحه (٣/ ٢٤٤) (٤/ ٢٤٩) وأبو داود فى كتاب «الـسنة» (٤/ ح٤٦٦٢) والترمذى فى «أبواب المناقب» (٥/ ح٣٧٧٣) والنسائـى فى كتاب «الجمعة» (٣/ ح١٤٠٩) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ٤٤).

فصل: إذا قطع رجل يده من الكوع ثم قطعها آخر من المرفق ثم مات نظرت، فإن كانت جراحة الأول برئت قبل قطع الثانى فالثانى هو القاتل وحده، وعليه القود أو الدية كاملة إن عفا عن قتله، وله قطع يد الأول أو نصف الدية، وإن لم تبرأ فهما قاتلان، وعليهما القصاص فى النفس، وإن عفا إلى الدية وجبت عليهما وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: القاتل هو الثانى وحده ولا قصاص على الأول فى النفس، لأن قطع الثانى قطع سراية قطعه ومات بعد زوال جنايته فأشبه ما لو اندمل جرحه، وقال مالك: إن قطعه الثانى عقيب قطع الأول قتلا جميعًا، وإن عاش بعد قطع الأول حتى أكل وشرب ومات عقيب الثانى، فالثانى هو القاتل وحده، وإن عاش بعدهما حتى أكل وشرب فللأولياء أن يقسموا على أيهما شاؤوا ويقتلوه.

ولنا: أنهما قطعان لو مات بعد كل واحد منهما وحده لوجب عليه القصاص، فإذا مات بعدهما وجب عليهما القصاص كما لو كان فى يدين، ولأن القطع الثانى لا يمنع جنايته بعده فلا يسقط حكم ما قبله كما لو كان فى يدين ولا نسلم زوال جنايته ولا قطع سرايته، فإن الألم الحاصل بالقطع الأول لم يزل، وإنما انضم إليه الألم الثانى فضعفت النفس عن احتمالها فزهقت بهما فكل القتل بهما، ويخالف الاندمال فإنه لا يبقى معه الألم الذى حصل فى الأعضاء الشريفة فاختلفا، فإن ادعى الأول أن جرحه اندمل فصدقه الولى سقط عنه القتل، ولزمه القصاص فى اليد أو نصف الدية، وإن كذبه شريكه واختار الولى القصاص فلا فائدة له

لشرف الأبوة، وهو موجود فى كل حال، فلو قتل الكافر ولده المسلم أو قتل المسلم أباه الكافر أو قتل العبد ولده الحر، أو قتل الحر ولده العبد لم يجب القصاص لشرف الأبوة فيما إذا قتل ولده وانتفاء المكافأة فيما إذا قتل والده.

فصل: إذا تداعى نفسان نسب صغير مجهول النسب ثم قتلاه قبل إلحاقه بواحد منهما فلا قصاص عليهما، لأنه يجوز أن يكون بن كل واحد منهما أو ابنهما، وإن ألحقه القافة بأحدهما، ثم قتلاه لم يقتل أبوه وقتل الآخر، لأنه شريك الأب فى قتل الابن، وإن رجعا جميعًا عن الدعوى لم يقبل رجوعهما، لأن النسب حق للولد فلم يقبل رجوعهما عن إقرارهما به كما لو أقرا له بحق سواه أو كما ادعاه واحد فألحق به ثم جحده، وإن رجع أحدهما صح رجوعه وثبت نسبه من الآخر، لأن رجوعه لا يبطل نسبه ويسقط القصاص عن الذى لم يرجع ويجب على الراجع، لأنه شارك الأب، وإن عفا عنه فعليه نصف الدية، ولو اشترك رجلان فى وطء امرأة فى طهر واحد، وأتت بولد يمكن أن يكون منهما فقتلا قبل إلحاقه بأحدهما لم يجب القصاص، وإن نفيا نسبه لم ينتف بقوله، لأنه لحق بالفراش فلا ينتفى إلا باللعان وفارق التى قبلها من وجهين: **أحدهما:** أن أحدهما إذا رجع عن دعواه لحق الآخر وههنا لا يلحق بذلك، **والثانى:** أن ثبوت نسبه تم بالاعتراف فيسقط الجحد وههنا ثبت بالاشتراك فلا ينتفى بالجحد، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كما قلنا سواء.

فى تكذيبه لأن قتله واجب، وإن عفا عنه إلى الدية فالقـول قوله مع يمينه، ولا يلزمه أكثر من نصف الدية، وإن كذب الولى الأول حلف وكان له قـتله، لأن الأصل عدم ما ادعاه ولو ادعى الثانى اندمال جرحه فالحكم فيه كالحكم فى الأول إذا ادعى ذلك.

١٤٢٩- **مسألة:** قال: (**وإذا قطعوا يداً قطعت نظيرتها من كل واحد منهم**).

وجـملتـه: أن الجماعـة إذا اشتركوا فى جـرح موجب للقصاص وجب القـصاص على جميعـهم، وبه قـال مالك والشـافعى وإسـحاق وأبو ثور، وقـال الحسن والزهرى والـثورى وأصحاب الرأى وابن المنذر: لا تقطع يدان بيد واحدة ويتعـين ذلك وجهًا فى مذهب أحمد، لأنه روى عنه أن الجمـاعة لا يقتلون بالواحـد، وهذا تنبيـه على أن الأطراف لا تؤخذ بطرف واحد، لأن الأطراف يعـتبر التـساوى فيهـا بدليل أنا لا نأخذ الصحـيحة بالشـلاء، ولا كاملة الأصابع بناقصتـها ولا أصلية بزائدة ولا زائدة بأصلية، ولا يمينًا بيسـار ولا يسارًا بيمين، ولا نساوى بين الطرف والأطراف فوجب امتناع القصاص بينهما ولا يعتبر التساوى فى النفس، فإننا نأخذ الصحيح بالمـريض وصحيح الأطراف بمقطوعها وأشلها، ولأنه يعتـبر فى القصاص فى الأطراف التـساوى فى نفس القطـع بحيث لو قطع كل واحـد من جـانب لم يجب القصـاص بخلاف النفس، ولأن الاشتراك الموجب للقصاص فى النفس يقع كثيرًا فوجب القصاص زجرًا عنه كيلا يتخذ وسـيلة إلى كثرة القتل، والاشتراك المختلف فـيه لا يقع إلا فى غاية الندرة فلا

16- **مسألة:** (**ويقتل الولد بكل واحد منهما فى أظهر الروايتين**).

هذا قول جـماعة أهل العلم، منهم مالك والشـافعى وإسحاق وأصـحاب الرأى، وحكى بعض أصحابنا عن أحمد أن الابن لا يقتل بأبيه، لأنه لا يقبل شهادته له بحق النسب فلا يقتل به كالأب مع ابنه، والصحـيح أنه يقتل به للآيات وأخبار وموافقـة القياس، ولأن الأب أعظم حـرمة وحـقًا من الأجنبى، فـإذا قتل بالأجنـبى فبـالأب أولى، ولأنه يحد بقـذفه فـيقـتل به كالأجنبى، ولا يصح قياس الابن على الأب، لأن حـرمة الوالد على الولد آكد والابن مضاف إلى أبيه بلام التمليك بخلاف الولد مع الوالد، وقد ذكر أصحابنا حديثين متعارضين عن سراقة عن النبى ﷺ أنه قال: «لا يقاد الأب من ابنه ولا الابن من أبيه» (17) والثانى: أنه كان يقيد

---

(17) أخرجه الـدارقطنى فى «السنن» (٣/ ١٤٣) من طريق إسماعـيل بن عياش عن المثنى بن الصـباح عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عن سـراقة بن مالك، كذ قال عن النبى... وبه، قال فى التنقيح: حديث سـراقة بن مـالك فيـه المثنى، وفى لـفظه اختـلاف، وأخرجه التـرمذى فى «الجـامع» (٤/ ح١٣٩٩). وقال: وليس إسناده بصحيح، رواه إسماعيل بن عياش عن المثنى بن الصباح والمثنى بن الصباح يضعف فى الحديث، وفيه اضطراب والعمل على هذا عند أهل العلم أن الأب إذا قتل ابنه لا يقتل به، وإذا قذف ابنه لا يحد. اهـ. وذكره الزيلعى فى «نصب الراية» (٤/ ٣٤٠) وفيه قال الترمذى فى «علله الكبير»: سألت محـمد بن إسماعيل عن حديث سراقة، فقال: حـديث إسماعيل بن عياش عن أهل العراق وأهل الحجاز شبه لا شىء. اهـ.

حاجة إلى الزجر عنه، ولأن إيجاب القصاص على المشتركين فى النفس يحصل به الزجر عن كل اشتراك أو عن الاشتـراك المعتاد، وإيجابه عن المشتـركين فى الطرف لا يحصل به الزجر عن الاشتراك الـمعتاد ولا عن شىء من الاشتـراك إلا على صورة نادرة الوقوع بعـيدة الوجود يحتاج فى وجودها إلى تكلف، فـإيجاب القصاص للزجر عنها يكون منعًا لشىء مـمتنع بنفسه لصعوبته وإطلاقًا فى القطع السهل المعتاد بنفى القصاص عن فاعله، وهذا لا فائدة فيه بخلاف الاشتراك فى النفس، يحققه أن وجوب القصاص على الجماعة بواحد فى النفس والطرف على خلاف الأصل لكونه يأخـد فى الاستيفاء زيادة على مـا فوت عليه ويخل بالتمـاثل المنصوص على النهى عما عداه، وإنما خولف هذا الأصل فى الأنفس زجرًا عن الاشتراك الذى يقع القتل به غالبًا ففـيما عداه يجب البقاء على أصل التـحريم، ولأن النفس أشرف من الطرف ولا يلزم من المحافظة عليها بأخذ الجماعة بالواحد المحافظة على ما دونها بذلك.

ولنا: ما روى أن شاهدين شـهدا عند على ﷺ على رجل بالسرقـة فقطع يده، ثم جاءا بآخر فقالا: هذا هو السارق وأخطأنا فى الأول فرد شهـادتهما على الثانى وغرمهما دية الأول، وقال: لو علمت أنكما تعمـدتما لقطعتكما(٦٥)، فأخبر أن القصـاص على كل واحد منهما لو تعمـدا قطع يد واحدة، ولأنه أحد نوعى القصـاص فتؤخذ الجـماعة بالواحد كـالأنفس، وأما اعتبار الـتساوى فمثله فى الأنفس فإننا نعـتبر التساوى فيـهما فلا نأخذ مسلمًـا بكفار ولا حرًا بعبد، وأما أخـذ صحيح الأطراف بمقطوعها فلأن الطرف ليس هو مـن النفس المقتص منها، وإنما يفوت تبعًا، ولذلك كانت ديتهما واحدة بخلاف اليد الناقصة والشلاء مع الصحيحة، فإن

الأب من ابنه ولا يقـيد الابن من أبـيه، وهذا حـديث لا نعرفـه ولم نجـده فى كتـاب السنن المشهـورة، ولا أظن له أصلا فهما مـتعارضان متـدافعان يجب إطراحهمـا والعمل بالنصوص الواضحة الثابتة، والإجماع الذى لا تجوز مخالفته.

١٧- مـسـألة: (ومتى ورث ولده القصاص أو شيئًا منـه أو ورث القاتل شيئًا من دمه سقط القصاص فلو قتل أحد الزوجين صاحبه ولهما ولد لم يجب القصاص).

لأنه لو وجب لوجب لولده ولا يجب للولد قصاص على أبيه، لأنه إذا لم يجب بالجناية عليه فلأن لا يجب له بالجناية على غيره أولى، وسواء كان الولد ذكرًا أو أنثى أو كان للمقتول ولد سواه أو من يشـاركه فى الميـراث أو لم يكن، لأنه لو ثبت القصـاص لوجب له جزء منه ولا يمكن وجوبه وإذا لم يثـبت بعضه سـقط كله، لأنه لا يتبعض وصـار كما لو عـفا بعض مستحقى القـصاص عن نصيبه منه، فإن لم يكن للمقتول ولد منهـما وجب القصاص فى قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن عبد العـزيز والنخعى والثورى والشافعى وأصحاب الرأى، وقال الزهرى: لا يقتل الزوج بامرأته، لأنه ملكها بعقد النكاح أشبه الأمة.

---

(٦٥) تقدم برقم (١٧) فى المسألة رقم (١٤١٦).

ديتهــما مختلفــة، وأما اعتبــار التساوى فى الفعل فـإنما اعتبــر فى اليد، لأنه يمكن مباشــرتها بالقطع، فإذا قطع كل واحد منها من جانب كان فعل كل واحد منهــا متميزًا عن فعل صاحبه، فلا يجب على إنسان قطع محل لم يقطع مثله، وأما النفس فلا يمكن مباشرتها بالفعل، وإنما أفعالهم فى البدن فيفضى ألمه إليها فتزهق ولا يتميز ألم فعل أحدهما من ألم فعل الآخر فكانا كالقــاطعين فى محل واحد ولذلك لا يسـتوفى من الطرف إلا فى المفــصل الذى قطع الجانى منه، ولا يجوز تجاوزه فى النفس لو قـتله بجرح فى بطنه أو جنبه أو غير ذلك كان الاسـتيفاء من العنق دون المـحل الذى وقـعت الجناية فيـه، إذا ثبت هذا فـإنمــا يجب القصــاص على المشتركـين فى الطرف إذا اشتركوا فيه علـى وجه ولا يتميز فعل أحدهم عــن فعل الآخر، إما بأن يشهدوا عليه بمــا يوجب قطعه فيقطع ثم يرجعون عن الشــهادة أو يكرهوا إنسانًا على قطع طرف فيجب قطع المكرهين كلهم والمكره أو يلقوا صخرة على طرف إنسان فيقطعه أو يقطعوا يدًا أو يقلعوا عــينًا بضربة واحدة أو يضـعوا حديدة على مفـصل ويتحاملوا علـيـها جميـعًا أو يمدوها فتبين، فإن قطع كل واحد منهم من جــانب أو قطع أحدهم بعض المفصل وأتمه غيره أو ضرب كل واحد ضربة أو وضعوا منشارًا على مـفصله ثم مده كل واحد إليه مرة حتى بانت اليد فلا قصاص فيه، لأن كل واحد منهم لم يقطع اليد ولم يشارك فى قطع جميعها، وإن كان فعل واحد منهم يمكن الاقتصاص بمفرده اقتص منه وهذا مذهب الشافعى.

١٤٣٠- **مسألة:** قال: (**وإذا قتل الأب وغيره عمدًا قتل من سوى الأب**).

ولنا: عموم النصــوص، ولأنهما شخصان متكافـئان يحد كل واحد منهما بقـذف صاحبه فقتل به كالأجنبين، قوله: إنها ملكه غير صحيح فإنها حرة، وإنما ملك منفعة الاستمتاع فأشبه المستأجرة ولهذا تجب عليه ديتها ويرثها ورثتــها ولا يرث منها إلا قدر ميراثه، ولو قتلها غيره كانت ديتها أو القصاص لورثتها بخلاف الأمة.

18- **مسألة: (ولو قتل رجل أخا زوجته فورثته ثم ماتت فورثها ولده سقط عنه القصاص وسواء كان لها ولد من غيره أو لا)**.

لأن القصاص فيما ورثه ولده فـيسقط جميعه، لأن القصاص لا يتبعض فـأشبه ما لو عفا أحد الشريكين، وكذلك لو قـتلت المرأة أخا زوجها فصار القصــاص أو جزء منه لابنها سقط القصاص سواء صار إليه ابتداء أو انتقل إليه من أبيه أو من غيره لما ذكرنا.

فصل: ولو قتل رجل أخاه فورثه ابن القاتل أو أحد يرث ابنه منه شيئًا لم يجب القصاص لما ذكرنا.

فصل: وإذا قتل أحد أبوى المكاتب المكاتب أو عبدًا له لم يجب القصاص، لأن الوالد لا يقتل بولده ولا يثبـت للولد على والد قصاص، وإن اشترى المكاتب أحـد أبويه ثم قتله لم يجب القصاص، لأن السيد لا يقتل بعبده.

وبهذا قـال مالك والشافعى وأبو ثور، وعن أحـمد رواية أخرى: لا قصـاص على واحد منهما وهـو قول أصحاب الرأى، لأنه قتل تركب مـن موجب وغير موجب فلم يـوجب كقتل العامد والخاطئ والصبى والبالغ والمجنون والعاقل.

ولنا: أنه شارك فى القتل العمد العدوان فيمن يقتل به لو انفرد بقتله فوجب عليه القصاص كشريك الأجـنبى، ولا نسلم أن فعل الأب غير مـوجب فإنه يقتضى الإيجـاب لكونه تمحض عمدًا عـدوانًا والجناية به أعظم إثمًا وأكثر جـرمًا، ولذلك خصه الله تعالى بالـنهى عنه فقال: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ﴾ ثم قال: ﴿إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾ (الإسـراء: ٣١) ولما سئل النبى ﷺ عن أعظم الذنب، قـال: «أن تجعل لله ندًا وهو خلقك، ثم أن تقـتل ولدك خشـية أن يطعم مــعك»(٦٦) فجـعله أعظم الذنوب بعد الشرك، ولأنه قطع الرحم التى أمـر الله تعالى بصلتها ووضع الإسـاءة موضع الإحسان فهـو أولى بإيجاب العقوبة والزجـر عنه، وإنما امتنع الوجوب فى حق الأب لمعنى مختص بالمحل لا لقـصور فى السبب الموجب فلا يمتنع عمله فى المحل الذى لا مانع فيـه، وأما شريك الخاطئ فلنا فيه منع ومع التـسليم فامتناع الوجوب فيه لقصور السبب عن الإيجاب، فإن فعل الخاطئ غير موجب للقصاص ولا صالح له والقتل منه ومن شريـكه غير مـتمحـض عمدًا لوقـوع الخطأ فى الفعل الذى حـصل به زهوق النفس بخلاف مسألتنا.

19- مـسـألة: **(ولو قتل أباه أو أخاه فورثه أخواه ثم قتل أحدهمـا صاحبه سقط القصاص عن الأول، لأنه ورث بعض دم نفسه)**.

20- مــسـألة: **(وإن قتل أحد الابنين أباه والآخر أمه وهى زوجة الأب سقط القصاص عن الأول لذلك وله أن يقتص من أخيه ويرثه، لأن القتل بحق لا يمنع الميراث)**.

إذا قتل أحد الابنين أباه والآخر أمـه والزوجية بينهما موجودة حال قـتل الأول فالقصاص على القاتل الثانى دون الأول، لأن الـقتيل الثانى ورث جزءًا من دم الأول فلمـا قتل ورثه قاتل الأول، فصار له جزء من دم نفـسه فسقط القصاص ووجب له القصاص على أخـيه، فإن قتله ورثه إن لم يكن له وارث سـواه، لأنه قتل بحق وإن عـفا عنه إلى الدية وجـبت وتقاصـا بما بينهما وما فضل لأحدهما فهو على أخيه.

فـصل: وإن لم تكن زوجة الأب فعلى كل واحد منهما القصاص لأخيه، لأنه ورث الذى قتلـه أخوه وحده دون قـاتله، فإن بادر أحـدهما فـقتل أخـاه فقـد استوفـى حقه وسـقط عنه القصاص، لأنه يرث أخـاه لكونه مستحقـا فلا يمنع الميراث إلا أن يكون للمـقتول ابن أو ابن

---

(٦٦) أخرجه البخارى فى «التفسير» (٨/ ح٤٤٧٧) ومسلم فى «الإيمان» (١/ ١٤١/ ص٩٠) وأبو داود فى «الطلاق» (٢/ ح٢٣١٠) والترمذى فى «التـفسيـر» (٥/ ح٣١٨٢) والنسائى فى «تحـريم الدم» (٧/ ح٤٥٢٤) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٣٨٠، ٤٣١، ٤٣٤).

فصل: وكل شريكين امتنع القصاص فى حق أحدهما لمعنى فيه من غير قصور فى السبب فهو فى وجوب القصاص على شريكه كالأب وشريكه مثل أن يشترك مسلم وذمى فى قتل «ذمى، أو حر وعبد فى قتل»(٦٧) عمدًا عدوانًا، فإن القصاص لا يجب على المسلم والحر ويجب على الذمى والعبد إذا قلنا بوجوبه على شريك الأب، لأن امتناع القصاص عن المسلم لإسلامه وعن الحر لحريته وانتفاء مكافأة المقتول له، وهذا المعنى لا يتعدى إلى فعله ولا إلى شريكه فلم يسقط القصاص عنه.

وقد نقل عبد الله بن أحمد قال: سألت أبى رحمه الله عن حر وعبد قتلا عبدًا عمدًا، قال: أما الحر فلا يقتل بالعبد وعلى الحر نصف قيمة العبد فى ماله، والعبد إن شاء سيده أسلمه وإلا فداه بنصف قيمة العبد، وظاهر هذا أنه لا قصاص على العبد فيخرج مثل ذلك فى كل قتل شارك فيه من لا يجب عليه القصاص.

ابن يحجب القاتل، فيكون له قتل عمه ويرثه إن لم يكن له وارث سواه، فإن تشاحا فى المبتدئ منهما بالقتل احتمل أن يبدأ بقتل القاتل الأول، لأنه أسبق واحتمل أن يقرع بينهما، وهو قول القاضى ومذهب الشافعى، لأنهما تساويا فى الاستحقاق فصرنا إلى القرعة وأيهما قتل صاحبه أولاً إما بمبادرة أو قرعة ورثه فى قياس المذهب إن لم يكن له وارث سواه وسقط عنه القصاص، وإن كان محجوبًا عن ميراثه كله فلوارث القتيل قتل الآخر وإن عفى أحدهما عن الآخر ثم قتل المعفو عنه العافى ورثه أيضًا وسقط عنه ما وجب عليه من الدية، وإن تعافا جميعًا على الدية تقاصا بما استويا فيه ووجب لقاتل الأم الفضل على قاتل الأب، لأن عقلها نصف عقل الأب ويتخرج أن يسقط القصاص عنهما فى استحقاقه كسقوط الديتين إذا تساوتا، ولأنه لا سبيل إلى استيفائهما معها واستيفاء أحدهما دون الآخر حيف لا يجوز فتعين السقوط، وإن كان لكل واحد منهما ابن يحجب عمه عن ميراث أبيه، فإذا قتل أحدهما صاحبه ورثه ابنه وللابن أن يقتل عمه ويرثه ابنه ويرث كل واحد من الابنين مال أبيه ومال جده الذى قتله عمه دون الذى قتله أبوه، وإن كان لكل واحد منهما بنت فقتل أحدهما صاحبه سقط القصاص عنه، لأنه ورث نصف مال أخيه ونصف قصاص نفسه فسقط عنه القصاص وورث مال أبيه الذى قتله أخوه ونصف مال أخته ونصف مال أبيه الذى قتله هو وورثت البنت التى قتل أبوها نصف مال أبيها ونصف مال جدها الذى قتله عمها ولها على عمها نصف دية قتيله.

فصل: أربعة أخوة قتل الأول الثانى والثالث الرابع فالقصاص على الثالث لأنه لما قتل الرابع لم يرثه وورثه الأول وحده، وقد كان للرابع نصف قصاص الأول فرجع نصف قصاصه إليه فسقط ووجب للثالث نصف الدية، وكان للأول قتل الثالث، لأنه لم يرث من دم نفسه شيئًا، فإن قتله ورثه فى ظاهر المذهب ويرث ما يرثه عن أخيه الثانى، فإن عفا عنه إلى الدية

---

(٦٧) سقط من المطبوعة وأثبتناه من «هـ».

١٤٣١- **مسألة:** قال: (**وإذا اشترك فى القتل صبى ومجنون وبالغ لم يقتل واحد منهم وعلى العاقل ثلث الدية فى ماله وعلى عاقلة كل واحد من الصبى والمجنون ثلث الدية وعتق رقبتين فى أموالهما لأن عمدهما خطأ**).

أما إذا شاركوا فى القتل من لا قصاص عليه لمعنى فى فعله كالصبى والمجنون، فالصحيح فى المذهب أنه لا قصاص عليه، وبهذا قال الحسن والأوزاعى وإسحاق وأبو حنيفة وأصحابه، وهو أحد قولى الشافعى، وعن أحمد رواية أخرى: أن القود يجب على البالغ العاقل، حكاها ابن المنذر عن أحمد، وحكى ذلك عن مالك وهو القول الثانى، وروى ذلك عن قتادة والزهرى وحماد، لأن القصاص عقوبة تجب عليه جزاء لفعله فمتى كان فعله عمدًا عدوانًا وجب القصاص عليه ولا ننظر إلى فعل شريكه بحال، ولأنه شارك فى القتل عمدًا عدوانًا فوجب عليه القصاص كشريك الأجنبى، وذلك لأن الإنسان إنما يؤخذ بفعله لا بفعل غيره، فعلى هذا يعتبر فعل الشريك منفردًا فمتى تمحض عمدًا عدوانًا، وكان المقتول مكافئًا له وجب عليه القصاص، وبنى الشافعى قوله على أن فعل الصبى والمجنون إذا تعمداه عمد، لأنهما يقصدان القتل وإنما سقوط القصاص عنهما لمعنى فيهما، وهو عدم التكليف فلم يقتض سقوطه عن شريكهما كالأبوة.

ولنا: أنه شارك من لا مأثم عليه فى فعله فلم يلزمه قصاص، كشريك الخاطئ، ولأن الصبى والمجنون لا قصد لهما صحيح، ولهذا لا يصح إقرارهما فكان حكم فعلهما حكم الخطأ وهذا معنى قول الخرقى عمدهما خطأ أى فى حكم الخطأ فى انتفاء القصاص عنه ومدار

وجبت عليه بكمالها يقاصه بنصفها، وإن كان لهما ورثة كل فيها من التفصيل مثل الذى فى التى قبلها.

21- **مسألة:** (**وإن قتل من لا يعرفه وادعى كفره لم يقبل**).

لأنه محكوم بإسلامه بالدار ولهذا يحكم بإسلام اللقيط، ويكون القول قول الولى، وكذلك إن ادعى رقه، لأن الأصل الحرية والرق طارئ وكذلك لو ضرب ملفوفًا فقده وادعى أنه كان ميتًا لم يقبل، لأن الأصل الحياة، وإن قطع طرف إنسان وادعى شلله لم يقبل، لأن الأصل السلامة.

22- **مسألة:** (**وإن قتل رجلاً فى داره وادعى أنه دخل يكابره على أهله أو ماله فقتله دفعًا عن نفسه وأنكر وليه فالقول قول الولى**).

وجملة ذلك: أنه إذا قتل رجلاً وادعى أنه وجده مع امرأته أو أنه قتله دفعًا عن نفسه أو أنه دخل منزله يكابره على ماله فلم يقدر على دفعه إلا بقتله لم يقبل قوله إلا ببينة ولزمه القصاص إذا أنكر وليه، روى نحو ذلك عن على ﷺ، وبه قال الشافعى وأبو ثور وابن المنذر، ولا أعلم فيه مخالفًا، وسواء وجد فى دار القاتل أو فى غيرها وجد معه سلاح أو لم يوجد لما

ديته وحمل عاقلتهما إياها ووجوب الكفارة، إذا ثبت هذا فإن الدية تجب عليهم أثلاثًا على كل واحد منهم ثلثـها، لأن الدية بدل المحل، ولذلك اختلفت بـاختلافه والمحل المـتلف واحد فكانت ديته واحدة، ولأنهـا تتقدر بقدره، أمـا القصاص فإنما كـمل فى كل واحد، لأنه جزاء الفعل وأفعالهم متعددة فتعد فى حقـهم وكمل فى حق كل واحد، كما لو قذف جماعة واحدًا إلا أن الثلث الواجب على المكلف يـلزم فى ماله حـالاً، لأن فعله عمـد والعاقلة لا تـحمل العمد وما يلزم الصبى والمجنون فعلى عاقلتهما، لأن عمدها خطأ والعاقلة تحمل جناية الخطأ إذا بلغت ثلث الدية وتكون مـؤجلة علمًا بأن الـواجب متى كان ثلـث الدية كان أجله عـامًا، ويلزم كل واحد منهـما الكفارة من مـاله، لأن فعلهمـا خطأ، والقاتل الخاطئ والمـشارك فى القتل خطأ يلـزمه كفـارة، لأنها لا تجب بدلاً عن المحل، ولهـذا لم تختلف، وإنمـا وجبت تكفيرًا للفعل ومحوًا لأثره فوجب تكميلها كالقصاص.

١٤٣٢- مسألة: قال: **(ويقتل الذكر بالأنثى والأنثى بالذكر).**

هذا قول عامة أهل العلم، منهم: النخعى والشعبى والزهرى وعمر بن عبد العزيز ومالك وأهل المدينة والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى وغيرهم.

وروى عن على ﷺ أنه قال: يقـتل الرجل بالمرأة ويعطى أولياؤه نصف الدية، أخـرجه سعـيد[(٦٨)]، وروى مثل هذا عن أحمد وحكى ذلك عن الحسن وعطاء، وحكى عنهما مثل

روى عن على ﷺ أنه سئل عمن وجد مع امرأته رجلاً فقتله، فقال: إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط بزمته، ولأن الأصل عدم ما يدعيه فلا يثبت بمجرد الدعوى فأما إن اعترف الولى بذلك فلا قصاص عليه ولا دية لما روى عن عمـر ﷺ أنه كان يومًا يتغدى إذ جاء رجل يعدو وفى يده سيف ملطخ بالدم ووراءه قـوم يعدون خلفه فجـاء حتى جلس مع عمر فـجاءه الآخرون، فقـالوا: يا أميـر المؤمنين إن هذا قتل صـاحبنا، فـقال له عمـر: ما يقولـون؟ فقال: يا أميـر المؤمنين إنى ضربت فخذى امـرأتى فإن كان بينها أحد فقد قتلته، فقـال عمر: ما يقول؟ قالوا ياأمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوقع فى وسط الرجل وفخذى المرأة، فأخذ عمر سيفه فهزه ثم دفعه إليه، وقال: إن عادوا فعد، رواه سعيد فى سننه[(18)] وروى عن الزبير أنه كان يومًا قد تخلف عن الجيش، ومـعه جارية له فأتاه رجـلان، فقالا: أعطنا شيـئًا فأعطاهما طعـامًا كان معه، فقالا: خل عن الجارية فضربهما بسيفه فقطعهما بضربة واحدة، ولأن الخصم اعترف بما يبيح قتله فسقط حقه كما لو أقر بقتله قصاصًا أو فى حد يوجب قتله وإن ثبت بينة فكذلك.

---

(٦٨) أخرجه البيـهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٢٧، ٢٨) وابن جرير الطبرى فى «تـفسيره» (٢/ ٦١، ٦٢) من حديث على ﷺ. . . به.

(18) ذكره الألبانى فى الإرواء (٢٢١٧) ولم أجده فيما بيدى من مصادر.

قول الجـماعة، ولعل من ذهب إلى القول الثـانى يحتج بقول على ﷺ، ولأن عـقلها نصف عقله فإذا قتل بها بقى له بقية فاستوفيت ممن قتله.

ولنا: قوله تعالى: ﴿النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ (المائدة: ٤٥) وقوله: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ﴾ (البقرة: ١٧٨) مع عـمـوم سـائر النصـوص، وقـد ثبت أن النبى ﷺ قـتل يهـوديًا رض رأس جـارية من الأنصـــار(٦٩)، وروى أبو بكر بن محمـد بن عمرو بن حزم عن أبيـه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والأسنان، وأن الرجل يقتل بالمرأة(٧٠)، وهو كتاب مـشهور عند أهل العلم متلقى بالقبـول عندهم، ولأنهما شخصـان يحد كل واحد منهم بقذف صـاحبه فقـتل كل واحد منهمـا بالآخر كالرجلين ولا يجب مع القـصاص شيء، لأنه قصاص واجب فلم يجب معه شيء على المقتص كـسائر القصاص، واختلاف الأبدال لا عبرة به فى القصاص بدليـل أن الجماعة يقتلون بالواحـد والنصرانى يؤخذ بالمجـوسى مع اختلاف دينهما ويؤخذ العبد بالعبد مع اختلاف قيمتهما.

فـصـل: ويقتل كل واحد من الرجل والمرأة بالخنـثى ويقتل بهما، لأنه لا يخلو من أن يكون ذكرًا أو أنثى.

١٤٣٣- مسألة: قال: **(ومن كان بينهما فى النفس قصاص فهو بينهما فى الجراح)**.

وجـملتـه: أن كل شخصين جـرى بينهما القصاص فى النفس جرى القـصاص بينهما فى الأطراف فيـقطع الحـر المسلم بالحـر المسلم والعـبد بالعـبد والذمى بالذمى والذكـر بالأنثى والأنثى بالذكر ويقطع الناقص بالكامل كـالعبد بالحر والكافر بالمـسلم، ومن لا يقتل بقتله لا

23- مسألة: (وإن تجارح اثنان وادعى كل واحد منهما أنه جرح صاحبه دفعًا عن نفسه، وأنكر الآخر وجب القصاص، والقول قول المنكر).

لأن سبب القصاص قد وجد، وهو الجرح، والأصل عدم ما يدعيه الآخر، وقال شيخنا: يجب الضمان لذلك، والقول قول كل واحد منهمـا مع يمينه فى نفى القصاص، لأن ما يدعيه محتمل فيندرئ به القصاص، لأنه يندرئ بـالشبهات هذا الذى ذكره فى كتاب «الكافى» والأول أقيس، لأنه لو كـان دعوى بما يمنع القـصاص إذا احتـمل مانع منه لما وجب القـصاص فى المسائل المتقدمة، والحكم بخلافه والله أعلم.

فـصـل: أجمع أهل العلم على أن القود لا يجب إلا بالعـمد، ولا نعلم فى وجوبه بقتل العمد إذا اجتمعت شروطه وانتفت الموانع خلافًا، وقد دل عليه الآيات والأخبار بعمومها فقال

---

(٦٩) تقدم برقم (٦) فى المسألة رقم (١٤١٦).

(٧٠) أخـرجه النسـائى فى «القـسامـة» (٨/ ح٤٨٦٧) والدارمى فى «الديات» (٢/ ح٢٣٥٤) والحـاكم فى «المسـتـدرك» (١/ ٣٩٧) والبيـهقى فى «السنن الكبـرى» (٨/ ٢٧، ٢٨) وقال الألبـانى فى الإرواء (٢٢١٢): والصواب فى الحديث الإرسال، وإسناده مرسلاً «صحيحًا».

يقطع طرفه بطرفه فلا يقطع مسلم بكافر ولا حر بعبد ولا والد بولد، وبهذا قال مالك والثورى والشافعى وأبو ثور وإسحاق وابن المنذر، قال أبو حنيـفة: لا قصاص فى الطرف بين مختلفى البدل فـلا يقطع الكامل بالناقص ولا الناقص بالكامل ولا الرجل بالمـرأة ولا المرأة بالرجل، ولا الحر بالعبد ولا العبد بالحر، ويقطع المسلم بالكافـر والكافر بالمسلم، لأن التكافؤ معتبر فى الأطراف بدليل أن الصحيـحة لا تؤخذ بالشلاء ولا الكاملة بالناقـصة فكذا لا يؤخذ طرف الرجل بطرف المرأة ولا يؤخذ طرفها بطرفه كما لا تؤخذ اليسرى باليمنى.

ولنا: أن من جرى بينهما القصاص فى النفس جرى فى الطرف كالحرين وما ذكروه يبطل بالقصاص فى النفس، فإن التكافؤ معتبـر بدليل أن المسلم لا يقتل بمستأمن ثم يلزمه أن يأخذ الناقصة بالكاملة، لأن المماثلة قد وجدت وزيادة فوجب أخذها بها إذا رضى المسـتحق كما تؤخذ ناقصة الأصابع بكاملـة الأصابع، وأما اليسار واليمين فيجـريان مجرى النفس لاختلاف محليهما، وهذا استوى بدلهما فعلم أنها ليست ناقصة عنها شرعًا ولا العلة فيهما ذلك.

١٤٣٤- **مسألة:** قال: **(وإذا قتلاه وأحدهما مخطئ والآخر متعمد فلا قود على واحد منهما، وعلى العامد نصف الدية فى ماله، وعلى عاقلة المخطئ نصفها وعليه فى ماله عتق رقبة مؤمنة)**.

أما المخطئ فـلا قصاص عليه للكتـاب والسنة والإجماع: أما الكتاب فـقول الله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلاَّ خَطَئًا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ ﴾ (النساء: ٩٢) وقال تعالى: ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ ﴾ (الأحزاب: ٥) وأما السنة فقـول النبى ﷺ: «عفى لأمتى عن الخطأ والنسـيان»[٧١] وأجـمع أهل العـلم على أنه لا قصاص عليه، وأما شريكه فأكثر أهل العلم لا يـرون عليه قصاصًا، وبه قال النخعى والشافعى

تعالى: ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ ﴾ (الإسراء: ٣٣) وقال تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ﴾ (البقرة: ١٧٨) وقال تعـالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾ (البقرة: ١٧٩) يريد والله أعلم أن وجوب القصاص يمنع الإقدام على القتل خوفًا على نفسه من القـتل فتبـقى الحياة فيمن أريد قـتله، وقال تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ (المائدة: ٤٥) وقال النبى ﷺ: «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يقتل وإما أن يفدى» متفق عليه[19]، وروى أبو شريح الخزاعى، قال: قال رسول الله ﷺ: «من أصيب بدم فهو

---

(٧١) تقدم تخريجه فى المجلد الأول (ص ١٢١) برقم (٣).

(19) أخرجه البخارى (٥/ ح٢٤٣٤/ فتح) ومسلم فى «الحج» (٢/ ٤٤٧/ ٩٨٨) وأبو داود فى «سننه» (٤/ ح٤٥٠٥) والترمذى فى «جـامعه» (٤/ ح١٤٠٥) وابن ماجه فى «سننه» (٢/ ح٢٦٢٤) والبـيهقى فى «السنن الكبـرى» (٨/ ٥٢) والدارقطنى فى «السنن» (١٠/ ٩٧، ٩٨) وأحمـد فى «مسنده» (٤/ ٣٢) (٦/ ٣٨٥).

وأصحاب الرأى، وروى عن أحمد أن عليه قصاص، وحكى ذلك لأنه شارك فى القتل عمدًا عدوانًا فوجب عليه القصاص كشريك العامد، ولأن مؤاخذته بفعله وفعله عمد وعدوان لا عذر له فيه.

ولنا: أنه قتل لم يتمحض عمدًا فلم يوجب القصاص كشبه العمد وكما لو قتله واحد بجرحين عمدًا وخطأ، ولأن كل واحد من الشريكين مباشرة ومتسبب، فإذا كانا عامدين فكل واحد متسبب إلى فعل موجب للقصاص فقام فعل شريكه مقام فعله لتسببه إليه، وههنا إذا أقمنا المخطئ مقام العامد صار كأنه قتله بعمد وخطأ وهذا غير موجب.

فصل: وهل يجب القصاص على شريك نفسه وشريك السبع؟ فيه وجهان ذكرهما أبو عبد الله بن حامد، وصورة ذلك أن يجرحه سبع ويجرحه إنسان عمدًا، إما قبل ذلك أو بعده فيموت منهما أو يجرح نفسه عمدًا ثم يخرجه غيره عمدًا فيموت منهما، فهل يجب على المشارك له قصاص؟ فيه وجهان، واختلف عن الشافعى فيه، وقال أصحاب الرأى لا قصاص عليه لأنه شارك من لا يجب القصاص عليه فلم يلزمه قصاص كشريك الخاطئ، ولأنه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كالقتل الحاصل من عمد وخطأ، ولأنه إذا لم يجب على شريك الخاطئ وفعله مضمون فلأن لا يجب على شريك من لا يضمن فعله أولى.

الوجه الثانى: عليه القصاص وهو قول أبى بكر، وروى عن أحمد أنه قال: إذا جرحه رجل ثم جرح الرجل نفسه فمات فعلى شريكه القصاص، لأنه قتل عمد متمحض فوجب القصاص على الشريك فيه كشريك الأب، فأما إن جرح الرجل نفسه خطأ كأنه أراد ضرب

بالخيار بين إحدى ثلاث، فإن أراد الرابعة فخذوا على يديه أن يقتل أو يعفو أو يأخذ الدية» رواه أبو داود[20].

فصل: وأجمع أهل العلم على أن الحر المسلم يقاد به قاتله، وإن كان مجدع الأطراف معدوم الحواس والقاتل صحيح سوى الخلق أو كان بالعكس، وكذلك إن تفاوتا فى العلم والشرف والغنى والفقر والصحة والمرض والقوة والضعف والكبر والصغر، ونحو ذلك لا يمنع القصاص بالاتفاق وقد دلت عليه العمومات التى تلوناها، وقول النبى ﷺ: «المؤمنون تتكافأ دماؤهم» ولأن اعتبار التساوى فى الصفات والفضائل يفضى إلى إسقاط القصاص بالكلية وفوات حكمة الردع والزجر فوجب أن يسقط اعتباره كالطول والقصر والسواد والبياض.

فصل: ويجرى القصاص بين الولاة والعمال وبين رعيتهم لعموم الآيات والأخبار التى

---

(20) أخرجه أبو داود فى «الديات» (٤/ ح٤٤٩٦) وابن ماجه فى «الديات» (٢/ ح٢٦٢٣) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ٣١) والدارقطنى فى «السنن» (٣/ ٩٦) من طريق محمد بن إسحاق عن الحارث بن فضيل عن سفيان بن أبى العوجاء عن أبى شريح الخزاعى... به وإسناده ضعيف محمد بن إسحاق مدلس وقد عنعنه وسفيان بن أبى العوجاء قال الحافظ فى التقريب: ضعيف.

جارحة فأصاب نـفسه أو خاط جرحه فصادف اللحم الحى فـلا قصاص على شريكه فى أصح الوجهين، وفيه وجه آخر أن عليه القصاص بناء على الروايتين فى شريك الخاطئ.

فـصل: فإن جرحه إنسان فتداوى بسم فمات نظرت، فإن كان سم ساعة يقتل فى الحال فقـد قتل نفـسه وقطع سرايـة الجرح وجرى مـجرى من ذبح نفـسه بعد أن جـرح وتنظر فى الجرح، فإن كان موجبًا للقصاص فلوليـه استيفاؤه، وإن لم يكن موجبًا له فلوليه الأرش، وإن كان السم لا يقتل فى الغالب، وقد يقتل بفعل الرجل فى نفسه عمد خطأ، والحكم فى شريكه كالحكـم فى شريك الخاطـئ، وإذا لم يجب القصاص فـعلى الجارح نصـف الدية، وإن كان السم يقتل غالبًـا بعد مدة احتمل أن يكون عمـد الخطأ أيضًا، لأنه لم يقصد القتل إنمـا قصد التداوى فـيكون كالذى قتله، واحـتمل أن يكون فى حكم العمـد فيكون فى شريكه الوجـهان المذكوران فى الفصل الذى قـبله، وإن جرح رجل فخاط جرحه أو أمر غيـره فخاطه له وكان ذلك مما يجوز أن يقتل فحكمه حكم ما لو شـرب سمًا يجوز أن يقتل على ما مضى فيه، وإن خاطه غيره بغيـر إذنه كرهًا فهما قاتلان عليهما القـود، وإن خاطه وليه أو الإمام وهو ممن لا ولاية عليه فهما كالأجـنبى، وإن كان لهما عليه ولاية فلا قود عليهما، لأن فعـلهما جائز لهما إذ لهمـا مداواته فـيكون ذلك خطأ، وهل على الجارح القـود؟ فيـه وجهان بناء عـلى شريك الخاطئ.

١٤٣٥- مـسألة: قال: **(ودية العبد قيمته، وإن بلغت ديات)**.

أجمع أهل العلم أن فى العبـد الذى لا تبلغ قيمته دية الحـر قيمته، وإن بلغت قيـمته دية الحر أو زادت عليـها، فذهب أحمد رحـمه الله إلى أن فيه قـيمته بالغـة ما بلغت، وإن بلغت

ذكرناها، لا نعلم فى هذا خـلافًا، وثبت عن أبى بكر ﷺ أنه قال لرجل شكا إليـه عاملاً أنه قطع يده ظلمًا: لئن كنت صادقًـا لأقدتك منه، وثبت أن عمر كان يقيـد من نفسه، وروى أبو داود قال: خطب عمر، فـقال: إنى لم أبعث عمالى ليضربوا أبشـاركم ولا ليأخذوا أموالكم، فمن فـعل به ذلك فليرفعـه إلىَّ أقصه منه، فقـال عمرو بن العـاص: لو أن رجلاً أدب بعض رعيتـه أتقصه منه؟ قال: إى والذى نفـسى بيده أقصه، وقـد رأيت رسول الله ﷺ أقص من نفسه، ولأن المؤمنين تتكافأ دماؤهم، وهذان حران مسلمان ليس بينهما إيلاد فيجرى القصاص بينهما كسائر الرعية.

فـصل: ولا يشترط فى وجوب القصاص كون القتل فى دار الإسلام بل متى قتل فى دار الحرب مسلمًا عالمًـا بإسلامه عامدًا فعليه القود سواء كان قـدها هاجر أو لم يهاجر، وبه قال الشافـعى، وقال أبو حـنيفة: لا يجـب القصاص بـالقتل فى غـير دار الإسلام، فـإن لم يكن المقتول هاجـر لم يضمنه بقصاص ولا دية عمدًا قتله أو خطأ، وإن كـان قد هاجر ثم عاد إلى دار الحرب كرجلين مسلمين دخلا دار الحرب بأمان فـقتل أحدهما صاحبه ضمنه بالدية، ولم

ديات عمـدًا كان القتل أو خطأ سواء ضـمن باليد أو بالجناية، وهذا قـول سعيد بن المـسيب والحسـن وابن سيريـن وعمر بن عـبد العـزيز وإياس بن معـاوية والزهرى ومكحـول ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبى يوسف وقال النخعى والشعبى والثورى وأبو حنيفة ومحمد لا تبلغ به دية الحر، وقال أبو حنيفة: ينتـقص عن دية الحر ديناراً أو عشرة دراهم القدر الذى يقطع به السارق، وهذا إذا ضمن بالجنـاية، وإن ضمن باليد بأن يغضب عبدًا فـيموت فى يده فإن قيمته تجب، وإن زادت على دية الحر، واحـتجوا بأنه ضمان آدمى فلم يزد على دية الحر كضمان الحر، وذلك لأن الله تعالـى لما أوجب فى الحر دية لا تزيد وهو أشرف لخلوصه من نقيصة الرق كان تنبيهًا على أن دية العبد المنقوص لا يزاد عليها فنجعل مالية العبد معياراً لقدر الواجب فيه ما لم يزد على الدية، فـإذا زاد علمنا خطأ ذلك فنرده إلى دية الحر كأرش ما دون الموضحة يجب فيه ما تخرجه الحكومة ما لم يزد على أرش الموضحة فنرده إليها.

ولنا: أنه مال متقوم فيضمن بكمال قيمته بالغة ما بلغت كالفرس أو مضمون بقيمته فكانت جميع القيمة كما لو ضمنه باليد، ويخالف الحر، فإنه ليس بمضمون بالقيمة، وإنما ضمن بما قدره الشرع فلم يتجـاوزه، ولأن ضمان الحر ليس بضمان مال، ولـذلك لم يختلف باختلاف صفاته، وهذا ضمان مال يزيد بزيادة المالية وينقص بنقصانها فاختلفا، وقد حكى أبو الخطاب عن أحمد رحمه الله رواية أخرى: أنه لا يبلغ بالعبد دية الحر، والمذهب الأول.

يجب القود، وحكى عـن أحمد رواية كقـوله ولو قتل رجل أسـيرًا مسلمًـا فى دار الحرب لم يضمنه إلا بالدية، ولم يجب القود عمدًا قتله أو خطأ.

ولنا: ما ذكرنا من الآيات والأخبـار، ولأنه قتل من يكافئه عمدًا ظلمًـا فوجب عليه القود كما لو قتله فى دار الإسلام، ولأن كل دار يجب فيهـا القصاص إذا كان فيها إمام يجب، وإن لم يكن فيها إمام كدار الإسلام.

فـصل: وقتل الغيلة وغيره سـواء فى القصاص والعفو، وذلك للولى دون السلطان، وبه قال أبو حنيفة والشافعى وابن المنذر، وقال مالك: الأمر عندنا أن يقتل به وليس لولى الدم أن يعفو عنه، وذلك إلى الـسلطان والغيلة عنده أن يخدع الإنسان فـيدخل بيتًا أو نحوه فـيقتل أو يؤخذ مـاله، ولعله يحتج بحـديث عمـر رضي الله عنه فى الذى قتل غـيلة لو تمالأ عليـه أهل صنعاء لأقدتهم به وبقياسه على المحارب.

ولنا: عموم قوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾ (الإسراء: ٣٣) وقول النبى ﷺ: «فأهله بين خيرين» ولأنه قتيل فى غير المحـاربة فكان أمره إلى وليه كسائر القتلى، وقول عمر لأقدتهم به أى أمكنت الولى من استيفاء القود منهم.

بـــــاب القـــــود

القود القصاص، ولعله إنما سمى بذلك لأن المـقتص منه فى الغالب يقاد بشىء يربط فيه أو بيده إلى القتل فسمى القتل قودًا لذلك.

١٤٣٦- **مسألة:** قال: **(ولو شق بطنه فأخرج حشوته فقطعها فأبانها منه ثم ضرب عنقه آخر فالقاتل هو الأول، ولو شق بطنه ثم ضرب عنقه آخر فالثانى هو القاتل، لأن الأول لا يعيش مثله والثانى قد يعيش مثله).**

وجملته: أنه إذا جنى عليه اثنان جنايتين نظرنا، فإن كانت الأولى أخرجته من حكم الحياة مثل قطع حشوته أى ما فى بطنه وإبانتها منه أو ذبحه، ثم ضرب عنقه الثانى فالأول هو القاتل لأنه لا يبقى مع جنايته حياة فالقود عليه خاصة، وعلى الثانى التعزير كما لو جنى على ميت، وإن عفا الولى إلى الدية فـهى على الأول وحده، وإن كان جرح الأول يجوز بقاء الحـياة معه مثل شق البطن من غيـر إبانة الحشوة أو قطع طرف، ثم ضرب عنقه آخر فـالثانى هو القاتل، لأنه لم يخرج الأول من حكم الحياة فيكون الثانى هو المـفوت لها فعليه القصاص فى النفس والدية كاملة إن عـفا عنه، ثم ننظر فى جرح الأول، فإن كـان موجبًا للقصـاص كقطع الطرف فالولى مـخير بين قطع طرفه والعـفو عن ديته أو العـفو مطلقًا، وإن كان لا يوجب القـصاص كالجائفة ونحوها فعليه الأرش، وإنما جعلنـا عليه القصاص لأن فعل الثانى قطع سراية جراحه

باب استيفاء القصاص

ويشترط له ثلاثة شروط: **أحدها:** أن يكون من يستحقه مكلفًا، فإن كان صبيًا أو مجنونًا لم يجز استـيفاؤه، ويحبس القـاتل حتى يبلغ الصـبى ويعقل المـجنون إذا كان من يسـتحق القصاص واحدًا غير مكلف صغيرًا أو مجنونًا، كصبى قُتلت أمه وليست زوجة لأبيه فالقصاص له وليس لأبيه ولا لغيره استيفاؤه، وبهذا قال الشـافعى، وقال أبو حنيفة ومالك: له استيفاؤه، وكذلك الحكم فى الوصى والحاكم فى الطرف دون النفس، وذكر أبو الخطاب فى موضع فى الأب روايتين وفى موضع وجهين: أحدهما: كقولهما، ولأن القصاص أحد بدلى النفس فكان للأب استيفاؤه كالدية.

ولنا: أنه لا يملك إيقاع الطلاق بزوجتـه فلا يملك استيفاء القـصاص له كالوصى، ولأن القصـد التشـفى ودرك الغيظ ولا يحـصل ذلك باستـيفاء الـولى، ويخالف الدية فـإن الغرض يحصل باسـتيفاء الأب فـافترقـا، ولأن الدية إنما يملك استـيفاءها إذا تعينت، والقـصاص لا يتعين، فإنه يجوز العفو إلى الدية والصلح إلى مال أكثر منها أو أقل، والدية بخلاف ذلك.

فصار كالمندمل الذى لا يسـرى، وهذا مذهب الشافعى ولا أعلم فيه مخـالفًا، ولو كان جرح الأول يفضـى إلى الموت لا مـحالة إلا أنه لا يخـرج به من حكم الحيـاة وتبقى مـعه الحـياة المستقرة مثل خرق المعى أو أم الدماغ فضـرب الثانى عنقه فالقاتل هو الثانى، لأنه فوت حياة مستقرة، وقيل: هو فى حكم الحياة بدليل أن عمر رضي الله عنه لما جرح دخل عليه الطبيب فسقاه لبنًا فخـرج يصلد[1] فعلم الطبيب أنه ميت، فقال: اعهـد إلى الناس، فعهد إليهم وأوصى وجعل الخلافة إلى أهل الشورى فقبل الصحابة عهـده وأجمعوا على قبول وصاياه وعهده[2]، فلمـا كان حكم الحـياة باقيًا كـان الثانى مفوتًا لهـا فكان هو القاتل كما لو قـتل عليلاً لا يرجى برء علته.

فـصل: إذا ألقى رجلاً من شاهق فتلقاه آخر بسيف فـقتله فالقصاص على من قتله، لأنه فوت حياته قبل المصير إلى حال يئسوا فيها من حياته فأشبه ما لو رماه إنسان بسهم قاتل فقطع آخر عنقـه قبل وقوع السهم به، أو ألقى عليـه صخرة فأطار آخـر رأسه بالسيف قبل وقـوعها عليه، وبهذا قال الشافعى: إن رماه من مكان يجوز أن يسلم منه، وإن رماه من شاهق لا يسلم منه الواقع ففيه وجهان: **أحدهما**: كقولنا، **والثانى**: الضمان عليهما بالقصاص، والدية عند سقوطه، لأن كل واحد منهما سبب للإتلاف.

ولنا: أن الرمى سبب والقتل مباشرة فـانقطع حكم السبب كالدافع مع الحافر والجارح مع الذابح وكالصور التى ذكرنا، وما ذكروه باطل بهذه الأصول المذكورة.

١٤٣٧- مـسـألة: قـال: **(وإذا قطع يديه ورجليه ثم عـاد فضرب عنقـه قبل أن تندمل**

فـصـل: وكل موضع يجب تأخير الاسـتيفاء فإن القاتل يحبس حـتى يبلغ الصبى ويعقل المجنون ويقـدم الغائب، وقد حبس معاوية هدبة بن خشـرم فى قصاص حتى بلغ ابن القتيل فى عصر الصحابة فلم ينكر ذلك، وبذل الحسن والحسـين وسعيد بن العاص لابن القتيل سبع ديات فلم يقبلها، **فإن قيل**: فلم لا يخلى سبيله كالعسر بالدين؟ **قلنا**: لأن فى تخليته تضييعًا للحق لأنه لا يؤمن هربه والفرق بينه وبين المعسر من وجوه: **أحدها**: أن قضاء الدين لا يجب مع الإعسار فلا يحبس بما لا يجب والقصاص هـهنا واجب وإنما تعذر المستوفى، **الثانى**: أن المعسر إذا حبسناه تعذر الكسب لقضاء الدين فلا يفيد بل يضر من الجانبين وهـهنا الحق نفسه يفوت بالتخلية لا بالحبس، **الثـالث**: أنه قد استحق قتله وفيه تفويت نفسه ونفعه، فإذا تعذر تفويت نفسه جاز تفويت نفعه لإمكانه، **فإن قيل**: فلم يحبس من أجل الغائب، وليس للحاكم عليه ولاية إذا كان مكلفًا رشيدًا، ولذلك لو وجد بعض ماله مغصوبًا لم يملك انتزاعه؟ **قلنا**:

---

(١) يصلد: يَبْرُن ويَبصى.

(٢) أخرجه أحمد فى «مسنده» (١/ ٤٢) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٦/ ٢٨٢) وابن سعد فى «الطبقات» (٣/ ٣٤٦) من حديث ابن عمرو، إسناده صحيح.

جراحه قـتل ولم تقطع يده ولا رجلاه فى إحدى الروايتين عن أبى عبـد الله، رحمه الله، والرواية الأخرى، قال: إنه وهل أن يفعل به كما فعل، فإن عفا عنه الولى فعليه دية واحدة).

وجــملة ذلك: أن الرجل إذا جرح رجلاً ثم ضرب عنقه قــبل اندمال الجرح فالكلام فى المسألة فى حالين: **أحدهما:** أن يختار الولى القصاص، فاختلفت الرواية عن أحمد فى كيفية الاستـيفاء، فروى عنه لا يسـتوفى إلا بالسيف فى العنق، وبه قـال عطاء والثورى وأبو يوسف ومحـمد لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا قـود إلا بالسيف»(٣) رواه ابن مـاجـه، ولأن القصـاص أحد بدلى النفس فـدخل الطرف فى حكم الجملة كـالدية، فإنه لو صـار الأمر إلى الدية لم تجب إلا دية الـنفس، ولأن القـصد من الـقصـاص فى النفس تـعطيل الكل وإتلاف

لأن فى القصاص حقًا للميت وللحاكم عليه ولاية، ولهذا ينفذ وصاياه من الدية ويقضى ديونه منها فنظيره أن يجـد الحاكم من تركة الميت فى يد إنسـان شيئًا غصبًـا، والوارث غائب، فإنه يأخذه، ولو كـان القصاص لحى فى طرفه لم يـتعرض لمن هو عليه، فـإن أقام القاتل كفـيلاً بنفسه ليخلى سبيله لم يجز، لأن الكفالة لا تصح فى القصاص، فإن فائدتها استيفاء الحق من الكفيل، فإن تعذر إحضار المكفول به فلا يمكن اسـتيفاؤه من غير القاتل فلم تصح الكفالة به كالحد، ولأن فيه تغريرًا بحق المولى عليه، فإنه ربما خلى سبيله فهرب فضاع الحق.

١- مـــســـألة: (وإن كانا مـحتاجـيْن إلى النفقة فـهل لوليهمـا العفو إلى الدية؟ يحـتمل وجهين).

إذا وجب القصاص لصغير أو مجنون فليس لوليـه العفو عن القصاص إلى غير مال، لأنه لا يملك إسقاط حقه، وكذلك إن عفا إلى مال، وكان الصبى فى كفاية، وقد ذكرناه، فإن كان فقيرًا محتاجًا إلى النفقة جاز ذلك فى أحد الوجهين، قال القاضى: وهو الصحيح، **والثانى:** لا يجوز، لأنه لا يملك إسقـاط قصاصه ونفقـته فى بيت المال، والصحـيح الأول، فإن وجوب

---

(٣) أخرجـه ابن ماجه فى «الديات» (٢/ ح٢٦٦٨) من طريق المـبارك بن فضالـة عن الحسن عن أبى بكرة به، وإسناده ضعـيف، والمبارك مدلـس وقد عنعنه، وكذا الحسـن كما فى الزوائد. وأخرجـه البزار فى «مسنده» كمـا فى «المجمع» (٦/ ٢٩١) وقال: فـيه جابر الجعفى وهو ضـعيف. وأخرجه البـيهقى فى «السنن الكبـرى» (٨/ ٦٢، ٦٣) من عدة طرق، وقـال: وهذا الحديـث لم يثبت له إسنادًا. مـعلى بن هلال الطحـان متروك، وسليـمان بن أرقم ضـعيف، ومـبارك بن فضـالة لا يحتج به، وجـابر بن يزيد الجعـفى مطعون فـيه. اهـ. وأخـرج الدارقطنى فى «السنن» (٣/ ٨٧) من طريق سليمـان بن أرقم عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة، به، وقال: سليمان بن أرقم متروك. وأخـرجه ابن ماجه (٢٦٦٧) وابن أبى عاصم فى «الديات» (٢٨) والطيالسى (٨٠٢) من طريق جابر الجعفى عن أبى عازب عن النعمان بن بشيـر، وإسناده ضعيف جدًا. وجابر الجعفى متهم بـالكذب، وأبو عازب لا يعرف كما فى «الميزان» وذكـره الزيلعى فى «نصب الراية» (٤/ ٣٤١، ٣٤٢). وطرق هذا الحديث كلها ضعـيفة، وقال البيهقى فى «المعرفة» (٦/ ١٨٨).

الجملة، وقد أمكن هذا بضرب العنق فلا يجوز تعديته بإتلاف أطرافه كما لو قتله بسيف كالٍّ (*) فإنه لا يقتل بمثله، والرواية الثانية: عن أحمد قال: إنه لأهل أن يفعل به كما فعل - يعنى أن للمستوفى أن يقطع أطرافه ثم يقتله، وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز ومالك والشافعى وأبى حنيفة وأبى ثور، لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾ (النحل: ١٢٦) وقوله سبحانه: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ (البقرة: ١٩٤) ولأن النبى ﷺ: «رض رأس يهودى لرضه رأس جارية من الأنصار بين حجرين» (٤) ولأن الله تعالى قال: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ (المائدة: ٤٥) وهذا قد قلع عينه فيجب أن تقلع عينه للآية، وروى عن النبى ﷺ أنه قال: «من حرق حرقناه، ومن غرق غرقناه» (٥) ولأن القصاص موضوع على المماثلة، ولفظه مشعر به فوجب أن يستوفى منه مثل ما فعل كما لو ضرب العنق آخر غيره، فأما الحديث: «لا قود إلا بالسيف» فقال أحمد: ليس إسناده بجيد.

الحال الثاني: أن يصير الأمر إلى الدية إما بعفو الولى أو كون الفعل خطأ أو شبه عمد أو

النفقة فى بيت المال لا يغنيه إذا لم يحصل، وأما إذا كان مستحق القصاص مجنونًا فقيرًا فلوليه العفو إلى المال، لأنه ليست له حالة معتادة ينتظر فيها إفاقته ورجوع عقله بخلاف الصبى.

2- مسألة: (فإن قتلا قاتل أبيهما أو قطعا قاطعهما قهرًا احتمل أن يسقط حقهما، واحتمل أن تجب دية أبيهما لهما فى مال الجانى ويرجع ورثة الجانى على عاقلتهما).

إذا وثب الصبى أو المجنون على القاتل فقتله أو على القاطع فقطعه ففيه وجهان: أحدهما: يصير مستوفيًا لحقه، لأنه عين حقه أتلفه فأشبه ما لو كانت وديعة عند رجل، والثانى: لا يصير مستوفيًا لحقه، لأنه ليس من أهل الاستيفاء فتجب له دية أبيه فى مال الجانى، لأن عمد الصبى خطأ وعلى عاقلته دية القاتل كما لو أتلف أجنبيًا بخلاف الوديعة، فإنها لو تلفت من غير تعد برئ منها المودع ولو هلك من غير فعل لم يبرأ من الجناية.

3- مسألة: (وإن اقتصا ممن لا تحمل ديته العاقلة كالعبد سقط حقهما وجهًا واحدًا، لأنه لا يمكن إيجاب ديته على العاقلة فلم يكن إلا سقوطه).

فصل: (الثانى: اتفاق جميع الأولياء على استيفائه، وليس لبعضهم الاستيفاء دون بعض) لأنه يكون مستوفيًا لحق غيره بغير إذنه ولا ولاية عليه فأشبه الدين.

(*) كال: أى: لا يقطع. (٤) تقدم فى المسألة (١٤٣٢) برقم (٦٩).

(٥) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٤٣) من طريق بشير بن حازم عن عمران بن يزيد بن البراء عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ، قال: «من عرض عرضنا له ومن حرق...» الحديث. قال الحافظ فى التلخيص (٤/ ٢٣) رواه البيهقى فى المعرفة، من حديث عمران بن نوفل بن يزيد بن البراء عن أبيه عن جده، وقال: فى الإسناد بعض من يجهل، وإنما قاله زياد فى خطبته». وقال الزيلعى فى «نصب الراية» (٤/ ٤، ٣) رواه البيهقى فى «السنن» وفى المعرفة، وقال صاحب «التنقيح»: وفى هذا الإسناد يجهل حال كثير وغيره. اهـ.

غير ذلك فالواجب دية واحدة، هذا ظاهر مذهب الشافعى، وقال بعضهم تجب دية الأطراف المقطوعة ودية النفس، لأنه لما قطع بسراية الجرح بقتله صار كالمستقر فأشبه ما لو قتله غيره، ولهذا لم يسقط القصاص فيه.

ولنا: أنه قاتل قبل استقرار الجرح فدخل أرش الجراحة فى أرش النفس كما لو سرت إلى نفسه، والقصاص فى الأطراف على إحدى الروايتين لا يجب، وإن وجب فإن القصاص لا يشبه الدية، لأن سراية الجرح لا تسقط القصاص فيه وتسقط ديته.

فصل: ومتى قلنا: له أن يستوفى بمثل ما فعل بوليه فأحب أن يقتصر على ضرب عنقه فله ذلك، وهو أفضل، وإن قطع أطرافه التى قطعها الجانب أو بعضها ثم عفا عن قتله فكذلك، لأنه تارك بعض حقه، وإن قطع بعض أطرافه ثم عفا إلى الدية لم يكن له ذلك، لأن جميع ما فعل بوليه لا يجب به إلا دية واحدة فلا يجوز أن يستوفى بعضه ويستحق كمال الدية فإن فعل فله ما بقى من الدية فإن لم يبق منها شىء فلا شىء له، وإن قلنا ليس له أن يستوفى إلا بضرب العنق فاستوفى منه بمثل ما فعل فقد أساء ولا شىء عليه سوى المأثم لأن فعل الجانى فى الأطراف لم يوجب عليه شيئًا يختص بها فكذلك فعل المستوفى إن قطع الجانى طرفًا واحدًا ثم عفا إلى الدية لم يكن له إلا تمامها وإن قطع ما تجب به الدية ثم عفا لم يكن له شىء وإن قطع ما يجب به أكثر من الدية ثم عفا احتمل أن يلزمه ما زاد على الدية، لأنه لا يستحق أكثر من الدية وقد فعل ما يوجب أكثر منها فكانت الزيادة عليه، واحتمل أن لا يلزمه

4- مسألة: (فإن فعل فلا قصاص عليه).

وبه قال أبو حنيفة، وهو أحد قولى الشافعى، والقول الآخر: عليه القصاص، لأنه ممنوع من قتله وبعضه غير مستحق له، وقد يجب القصاص بإتلاف بعض النفس بدليل ما لو اشترك الجماعة فى قتل واحد.

ولنا: أنه مشارك فى استحقاق القتل فلم يجب عليه القصاص كما لو كان مشاركًا فى ملك الجارية ووطئها، ولأنه محل يملك بعضه فلم تجب العقوبة المقدرة باستيفائه كالأصل، ويفارق إذا قتل الجماعة واحدًا، فإنا لم نوجب القصاص بقتل بعض النفس، وإنما نجعل كل واحد منهم قاتلاً لجميعها، وإن سلمنا وجوبه عليه لقتل بعض النفس فمن شرطه المشاركة لمن فعله كفعله فى العمد والعدوان ولا يتحقق ذلك هٰهنا.

5- مسألة: (وعليه لشركائه حقهم من الدية ويسقط عن الجانى فى أحد الوجهين، وفى الآخر لهم ذلك فى تركة الجانى ويرجع ورثة الجانى على قاتله).

وجملة ذلك: أنه يجب للولى الذى لم يقتل قسطه من الدية، لأن حقه من القصاص سقط بغير اختياره فأشبه ما لو مات القاتل أو عفا بعض الأولياء، وهل يجب ذلك على قاتل الجانى أو فى تركة الجانى؟ فيه وجهان، وللشافعى قولان:

شيء، لأنه لو قتله لم يلزمه شيء فإذا ترك قتله وعفا عنه فأولى أن لا يلزمه شيء، ولأنه فعل بعض ما فعل بوليه فلم يلزمه شيء كما لو قلنا إن له أن يستوفى مثل ما فعل به.

فصل: فإن قطع يديه ورجليه أو جرحه جرحًا يوجب القصاص إذا انفرد فسرى إلى النفس فله القصاص فى النفس، وهل له أن يستوفى القطع قبل القتل؟ على روايتين ذكرهما القاضى وبناهما على الروايتين المذكورتين فى المسألة: **إحداهما:** ليس له قطع الطرف وهو مذهب أبى حنيفة، لأن ذلك يفضى إلى الزيادة على ما جناه الأول والقصاص يعتمد المماثلة، فمتى خيف فيه الزيادة سقط كما لو قطع يده من نصف الذراع، **والثانية:** يجب القصاص فى الطرف فإن مات به وإلا ضربت عنقه، وهذا مذهب الشافعى لما ذكرناه فى أول المسألة، وذكر أبو الخطاب أنه لا يقتص منه فى الطرف رواية واحدة وأنه لا يصح تخريجه على الروايتين فى المسألة لإفضاء هذا إلى الزيادة بخلاف المسألة والصحيح تخريجه على الروايتين وليس هذا بزيادة، لأن فوات النفس بسراية فعله وسراية فعله كفعله فأشبه ما لو قطعه ثم قتله، ولأن زيادة الفعل فى الصورة محتمل فى الاستيفاء كما لو قتله بضربة فلم يمكن قتله فى الاستيفاء إلا بضربتين.

فصل: وإن جرحه جرحًا لا قصاص فيه ولا يلزم فوات الحياة به مثل أن أجافه أو أمه أو قطع يده من نصف ذراعه أو رجله من نصف ساقه فمات منه أو قطع يدًا ناقصة الأصابع أو شلاء أو زائدة ويد القاطع أصلية صحيحة، فالصحيح فى المذهب أنه ليس له فعل وليس له أن يقتص إلا فى العنق بالسيف، ذكره أبو بكر والقاضى، وقال غيرهما: فيه رواية أخرى له أن

أحدهما: يرجع على قاتل الجانى، لأنه أتلف محل حقه فكان الرجوع عليه بعوض نصيبه كما لو كانت له وديعة فأتلفها، **والثانى:** يرجع فى تركة الجانى كما لو أتلفه أجنبى أو عفا شريكه عن القصاص، وقولنا: أتلف محل حقه يبطل بما إذا أتلف مستأجره أو غريمه أو امرأته أو كان المتلف أجنبيًا، ويفارق الوديعة، فإنها مملوكة لهما فوجب عوض ملكه أما الجانى فليس بمملوك للمجنى عليه، وإنما له عليه حق فأشبه ما لو أتلف غريمه، فعلى هذا يرجع ورثة الجانى على قاتله بدية مورثهم إلا قدر حقه منها، فعلى هذا لو كان الجانى أقل دية من قاتله مثل امرأة قتلت رجلاً له ابنان قتلها أحدهما بغير إذن الآخر فللآخر نصف دية أبيه فى تركة المرأة التى قتلته ويرجع ورثتها بنصف ديتها على قاتلها، وهو ربع دية الرجل، وعلى الوجه الأول يرجع الابن الذى لم يقتل على أخيه بنصف دية المرأة، لأنه لم يفوت على أخيه إلا نصف المرأة لا يمكن أن يرجع على ورثة المرأة بشيء، لأن أخاه الذى قتلها أتلف جميع الحق، وهذا يدل على ضعف هذا الوجه، ومن فوائده أيضًا صحة إبراء من حكمنا بالرجوع عليه وملك مطالبته، وإن قلنا: يرجع على ورثة الجانى صح إبراؤهم وملكوا الرجوع على قاتل موروثهم بقسط أخيه العافى وإن قلنا: يرجع على شريكه ملك مطالبته وصح إبراؤه ولم

يقتص بمثل ما فعله لأنه صار قتلاً فكان له القصاص بمثل فعله كما لو رض رأسه بحجر فقتله به، والصحيح الأول لأن هذا لو انفرد لم يكن فيه قصاص فلم يجز القصاص فيه مع القتل كما لو قطع يمينه ولم يكن للقاطع يمين لم يكن له أن يستوفى من يساره، وفارق ما إذا رض رأسه فمات لأن ذلك الفعل قتل مفرد وههنا قتل وقطع والقطع لا يوجب قصاصًا فبقى مجرد القتل، فإذا جمع المستوفى بينهما فقد زاد قطعًا لم يرد الشرع باستيفائه فيكون حرامًا وسواء فى هذا ما إذا قطع ثم قتل عقيبه وبين ما إذا قطع فسرى إلى النفس.

فصل: فأما إن قطع اليمنى ولا يمنى للقاطع أو اليد ولا يد له أو قلع العين ولا عين له فمات المجنى عليه فإنه يقتل بالسيف فى العنق ولا قصاص فى طرفه ولا أعلم فيه خلافًا لأن القصاص إنما يكون من مثل العضو المتلف وهو ههنا معدوم ولأن القصاص فعل مثل ما فعل الجانى ولا سبيل إليه، ولأنه لو قطع ثم عفا عن القتل لصار مستوفيًا رِجْلاً ممن لم يقطع له مثلها أو أذنًا بدلاً عن عين، وهذا غير جائز، وهذا يدل على فساد الوجه الثانى فى الفصل الذى قبله.

فصل: وإن قتله بغير السيف مثل أن قتله بحجر أو هدم أو تغريق أو خنق فهل يستوفى القصاص بمثل فعله؟ فيه روايتان: **إحداهما:** له ذلك وهو قول مالك والشافعى، **والثانية:** لا يستوفى إلا بالسيف فى العنق وبه قال أبو حنيفة فيما إذا قتله بمثقل الحديد على إحدى الروايتين عنده أو جرحه فمات، ووجه الروايتين ما تقدم فى أول المسألة، ولأن هذا لا تؤمن معه الزيادة على ما فعله الجانى فلا يجب القصاص بمثل آلته كما لو قطع الطرف بآلة كالة أو

يكن لورثة الجانى مطالبته بشىء، ومنها: أننا إذا قلنا يرجع على تركة الجانى وله تركة فله الأخذ منها سواء أمكن ورثته أن يستوفوا من الشريك أو لم يمكنهم، وإن قلنا يرجع على شريكه لم يكن له مطالبة ورثة الجانى سواء كان شريكه موسرًا أو معسرًا.

فصل: وإن عفا بعضهم سقط القصاص وإن كان العافى زوجًا أو زوجة، أجمع أهل العلم على إجازة العفو عن القصاص وأنه أفضل لما نذكره والقصاص حق لجميع الورثة من ذوى الأنساب والأسباب الرجال والنساء والصغار والكبار فمن عفا منهم صح عفوه وسقط القصاص ولم يكن لأحد عليه سبيل وهذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والنخعى والحكم وحماد والثورى وأبو حنيفة والشافعى وروى معنى ذلك عن عمر وطاوس والشعبى، وقال الحسن وقتادة والزهرى وابن شبرمة والليث والأوزاعى: ليس للنساء عفو، والمشهور عن مالك أنه موروث للعصبات خاصة وهو وجه لأصحاب الشافعى، لأن ثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح، ولهم وجه ثالث أنه لذوى الأنساب دون الزوجين، لأن النبى ﷺ قال: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين بين أن يقبلوا أو يأخذوا العقل»[أ] وأهله ذوو

(أ) أخرجه الترمذى فى «سننه» (٤/ ١١٠٦) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٣٨٥) وإسناده صحيح.

مسمومة أو بالسيف فإنه لا يستوفى بمثله، ولأن هذا لا يقتل به المرتد فلا يستوفى به القصاص كما لو قتله بتجريع الخمر أو بالسحر، ولا تفريع على هذه الرواية، فأما على الرواية الأخرى فإنه إذا فعل به مثل فعله فلم يمت قتله بالسيف، وهذا أحد قولى الشافعى، والقول الثانى أنه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت به، لأنه قتله بذلك فله قتله بمثله.

ولنا: أنه قد فعل به مثل فعله فلم يزد عليه كما لو جرحه جرحًا أو قطع منه طرفًا فاستوفى منه الولى مثله فلم يمت به فإنه لا يكرر عليه الجرح بغير خلاف ويعدل إلى ضرب عنقه فكذا هـهنا.

فصل: وإن قتله بما لا يحل لعينه مثل أن لاط به فقتله أو جرعه خمرًا أو سحره لم يقتل بمثله اتفاقًا ويعدل إلى القتل بالسيف، وحكى أصحاب الشافعى فيمن قتله باللواط وتجريع الخمر وجهًا آخر أنه يدخل فى دبره خشبة يقتله بها ويجرعه الماء حتى يموت.

ولنا: أن هذا محرم لعينه فوجب العدول عنه إلى القتل بالسيف كما لو قتله بالسحر، وإن حرقه فقال بعض أصحابنا: لا يحرق لأن التحريق محرق لحق الله تعالى لقول النبى ﷺ: «لا يعذب بالنار إلا رب النار» (٦) ولأنه داخل فى عموم الخبر، وهذا مذهب أبى حنيفة، وقال القاضى: الصحيح أن فيه روايتين كالتغريق:

رحمه، وذهب بعض أهل المدينة إلى أن القصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء وقيل: هو رواية عن مالك، لأن حق غير العافى لم يرض بإسقاطه وقد تؤخذ النفس ببعض النفس بدليل قتل الجماعة بالواحد.

ولنا عموم قوله ﷺ: «فأهله بين خيرتين» وهذا عام فى جميع أهله والمرأة من أهله بدليل قول النبى ﷺ: «من يعذرنى من رجل بلغ أذاه فى أهلى وما علمت على أهلى إلا خيرًا، وما كان يدخل على أهلى إلا معى» يريد عائشة، وقال له أسامة: يا رسول الله أهلك ولا نعلم إلا خيرًا (2)، وروى زيد بن وهب أن عمر أُتى برجل قتل قتيلاً فجاء ورثة المقتول. . . رواه أبو داود، (3) وفى رواية عن زيد، قال: دخل رجل على امرأته فوجد عندها

---

(٦) أخرجه أبو داود فى «الجهاد» (٤/ ح٢٦٧٣) والترمذى (٤/ ح١٥٧١) والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢٤٦١) وإسناده صحيح. ورواه الطبرانى والبزار كما قال الهيثمى فى «المجمع» (٦/ ٢٥١) وفيه سعيد البزار ولم أعرفه، وبقية رجاله ثقات. وذكره الزيلعى فى «نصب الراية» (٣/ ٤٠٨) وعزاه إلى البزار، وسكت عنه.

(2) أخرجه البخارى فى «الشهادات» (٥/ ح٢٦٣٧) ومسلم فى «التوبة» (٤/ ٢١٢٩).

(3) ذكره الحافظ فى «التلخيص» (٤/ ٢٣، ٢٤) وقال: رواه عبد الرزاق (١٠/ ١٨١٨٨) عن معمر عن الأعمش عن يزيد بن وهب به. ورواه البيهقى من حديث زيد بن وهب، وزاد: فأمر عمر «السائرهم بالدية» وساقه من وجه آخر نحوه، وإسناده صحيح.

إحداهـما: يحرق وهو مذهب الشافعى، لـما روى البراء بن عازب أن النبى ﷺ قال: «من حرق حرقناه، ومن غرق غرقناه» وحملوا الحديث الأول على غير القصاص فى المحرق.

فـصل: إذا زاد مستوفى القصاص فى النفس على حقه مثل أن يقتل وليه فيقطع المقتص أطرافه أو بعضـها نظرنا، فإن عفا بعد قطع طرفـه فعليه ضمان ما أتلف بديتـه، وبهذا قال أبو حنيفة، وقـال مالك والشافعى وابن المنذر وأبو يوسف ومـحمد: لا ضمـان عليه، ولكن قد أساء ويعـزر، وسواء عفا عن القـاتل أو قتله، لأنه قطع طرفًا من جـملة استحق إتلافـها فلم يضمنه كما لو قطع أصبعًا من يد يستحق قطعها.

ولنا: أنه قطع طرفًا له قيمة حال القطع بغير حق فـوجب عليه ضمانه كما لو عفا عنه ثم قطعه أو كما لو قطعه أجنبى، فأما إن قطعه ثم قتله احتمل أن يضمنه أيضًا لأنه يضمنه إذا عفا عنه فكذلك إذا لم يعف عنه، لأن العـفو إحسان فلا يكون مـوجبًا للضـمان واحـتمل أن لا يضمنه، وهو قول أبى حنيـفة، لأنه لو قطع متعديًا ثم قتل لم يضـمن الطرف فلأن يضمنه إذا كان القتل مستحقًا أولى.

فأما القصاص فلا يجب فى العرف بحـال، ولا نعلم فى هذا خلافًا، لأن القصاص عقوبة تدرأ بالشبهات والشبهة هـهنا متحققة، لأنه متحقق لإتلاف هذا الطرف ضمنًا لاستحقاقه إتلاف الجملة، ولا يلزم من سقـوط القصاص أن لا تجب الدية بدليل امتناعه لعدم الـمكافآت، فأما إن كان الجانى قطع طرفـه ثم قتله فاستوفى منه بمـثل فعله فقد ذكرناه فيـما مضى، وإن قطع طرفًا غـير الذى قطعه الجانى كـأن قطع الجانب يده فقطع الـمستوفى رجله احـتمل أن يكون

رجلاً فقتلها، فقال بعض إخـوتها: قد تصدقت، فقضى لسائرهم بالدية(4)، وروى قتـادة أن عمر رفع إليه رجل قتل رجلاً فجاء أولاد المقتول، وقد عفا بعضهم، فقال عمر لابن مسعود: ما تقول؟ فقال: إنه قد أُحرز من القتل، فـضرب على كتفه، فقال: كنيف ملئ علمًا، والدليل على أن القصاص لجمـيع الورثة ما ذكرناه فى مسألة القصاص بين الصغـير والكبير، ولأن من ورث الدية ورث القصاص كالـعصبة، وإذا عفا بعضـهم صح عفوه كعفوه عن سـائر حقوقه، وزوال الزوجيـة لا يمنع استـحقـاق القصـاص كما لم يمنـع استحـقاق الدية وسـائر حقـوقه الموروثة، ومتى ثبت أنه حق مـشترك بين جميـعهم سقط بإسقاط من كـان من أهل الإسقاط منهم، لأن حقه منه لـه فينفذ تصرفه فـيه، فإذا سقط جمـيعه، لأنه مما لا يتـبعض كالطلاق والعتاق، ولأن القصاص حق مشترك بينهم لا يـتبعض مبناه على الدور والإسقاط، فإذا أسقط بعضهم سرى إلى الباقى كالعتق، والمرأة أحد المستحقين فسقط بإسقاطها كالرجل، ومتى عفا أحدهم فللباقين حقهم من الدية سواء عفـا مطلقًا أو إلى الدية، وبه قال أبو حنيفة والشافعى،

---

(4) أخرجـه البيهقى فـى «السنن الكبرى» (٨/ ٥٩) وعبـد الرزاق فى «المصنف» (١٠/ ١٨١٩٠) وإسناده صحيح.

بمنزلة مـا لو قطع يده، لأن ديتهـما واحـدة، واحتـمل أن تلزمه دية الرجل، لأن الجـانى لم يقطعها فأشبه ما لو لم يقطع يده.

فـصل: فأما إن كانت الزيادة فى الاستيفاء، لأنه الطرف مثل إن استحق قطع أصبع فقطع اثنتين فحكمه حكم القاطع ابتداءً إن كان عقداً (٧) من مفصل أو شجة يجب فى مثلها القصاص فعلـيه القصـاص فى الزيادة، وإن كان خـطأ أو جرحًا لا يـوجب القصاص مـثل من يسـتحق موضحـة فاستوفاها هاشـمة فعليه أرش الزيادة إلا أن يكون ذلك بسبـب من الجانى كاضطرابه حال الاستيفاء، فلا شيء على المقتـص، لأنه حصل بفعل الجانى، فإن اختلفا هل فعله خطأ أو عمدًا؟ فـالقول قول المقتص مع يمـينه، لأن هذا مما يمكن الخطأ فيـه وهو أعلم بقصده، وإن قال المقتص: حصل هذا باضطرابك أو فعل من جـهتك، فالقول قول المقتص منه، لأنه منكر، فإن سرى الاستيفاء الذى حصلت فيه الزيادة إلى نفس المقتص منه فمات أو إلى بعض أعضائه مثل أن قطع أصبعه فسرى إلى جميع يده أو اقتص منه بآلة كالة أو مسمومة أو فى حال حر مفرط أو برد شديد فسرى، فـقال القاضى: على المقتص نصف الدية، لأنه تلف بفعلين: جائز ومحرم، ومضمون وغير مضمون، فانقـسم الواجب عليهما نصفين كما لو جرحه جرحًا فى حال ردته وجرحًا بعد إسلامه فمات منهـما، وهذا كله مذهب الشافعى، ويحتمل أن يلزمه ضمان السـراية كلها فيما إذا اقتص بآلة مـسمومة أو كالة، لأن الفعل كله مـحرم بخلاف قطع الأصبعين فإن أحدهما مباح.

فـصل: قال القاضى: ولا يجوز استيـفاء القصاص إلا بحضرة السلطان، وحكاه عن أبى

ولا نعلم لهما مـخالفًا ممن قال بسقـوط القصاص، وذلك لأن حقه من القصـاص بغير رضاه فيثبت له البدل كما لو ورث القاتل بعض دمه أو مات، ولما ذكرنا من خبر عمر رضي الله عنه.

6- مـسألة: (وإن قتله الباقون عالمين بالعفو وسقوط القصاص به فعليهم القود، وإلا فلا قود وعليهم ديته).

وجـملة ذلك: أنه إذا قتله الشريك الذى لم يعف عالمًا بعفو شريكه وسقوط القصاص به فعلـيه القصـاص سواء حكم به الحـاكم أو لم يحكم، وبهذا قـال أبو حنيفـة وأبو ثور، وهو الظاهر من مذهب الشـافعى، وقيل له قـول آخر: لا يجب القصاص، لأن فـيه شبهـة لوقوع الخلاف فيه.

ولنا: أنه قتل معصومًا مكافئًا له عمدًا يعلم أن لا حق له فيه يوجب عليه القصاص كما لو حكم بالعفـو حاكم، والاختلاف لا يسـقط القصاص، فإنه لو قـتل مسلمًا بكافـر قتلناه به مع الاختلاف فى قتله، فأما إن قتله قبل العلم بالعفـو فلا قصاص عليه، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعى فى أحد قوليه: عليه القصاص، لأنه قتل عمد عدوان لمن لا حق له فى قتله.

---

(٧) عقدا: وفى نسخة: عمدًا.

بكر وهو مذهب الشافعى، لأنه أمر يفتقر إلى الاجتهاد ويحرم الحيف فيه فلا يؤمن الحيف مع قصد التشـفى، فإن استوفاه من غير حـضرة السلطان وقع الموقع ويعزر لافتيـاته بفعل ما منع فعله ويحتمل أن يجوز الاستيفاء بغير حضور السلطان إذا كان القصاص فى النفس، لأن «رجلاً أتى النبى ﷺ برجل يقـوده بنسعـة، فقـال: إن هذا قتل أخى فـاعترف بقـتله، فقـال النبى ﷺ: اذهب فاقتله»(٨) رواه مسلم بمعناه، ولأن اشتراط حضور السلطان لا يثبت إلا بنص أو إجماع أو قـياس ولم يثبت ذلك، ويسـتحب أن يحضر شـاهدين لئلا يجحد المـجنى عليه الاستيفاء، وإذا أراد المولى الاستيفاء فعلى السلطان أن يتفقد الآلة التى يستوفى بها، فإن كانت كالة منعه الاستيفاء بها لئلا يعذب المقتول.

وقـد روى شداد بن أوس أن رسـول الله ﷺ قـال: «إن الله كتب الإحـسـان على كل شىء، فإذا قتلتهم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فـأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته»(٩) وإن كانت مسمومة منعه الاستيفاء بها، لأنها تفسد البدن وربما منعت غسله، وإن عجل فاستوفى بآلة كالة أو مسمومة عزر، وإن كان السيف صارمًا غير مسموم نظر في الولي، فإن كان يحسن الاستيفاء ويكمله بالقوة والمعرفة مكنه منه لقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾ (الإسراء: ٣٣) وقال ﷺ: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين فإن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية»(١٠) ولأنه حق له متميز فكان له استيفاؤه بنفسه إذا أمكنه كسائر

ولنا أنه معتقد ثبوت حقه فيـه مع أن الأصل بقاؤه فلم يلزمه قصاص كالوكيل إذا قتل بعد عفو الموكل قبل علمه بعفوه، ولا فرق بين أن يكون الحاكم قد حكم بالعفو أو لم يحكم به، لأن الشبهة موجـودة مع انتفاء العلم معدومة عند وجوده، وقال الشافـعى: متى قتله بعد حكم الحاكم لزمـه القصـاص علم بالعفو أو لم يعلم، وقـد بينا الفرق بينهـما، ومتى حكـمنا عليه بوجوب الدية إما لكونه معذورًا، إما للعفو عن القصاص فإنه يسقط عنه منها ما قابل حقه على القاتل قصاصًا ويجب عليه الباقى، فإن كان الولى عفا إلى غير مال فالواجب لورثة القاتل ولا شىء عليه، وإن كـان عفا إلى الدية فالـواجب لورثة القاتل وعليهم نصـيب العافى من الدية، وقيل فيـه: إن حق العافى من الدية على القاتل، ولا يصح، لأن الحق لم يبق متـعلقًا بعينه، وإنما الدية واجبة فى ذمته فلم ينتقل إلى القاتل كما لو قتل غريمه.

---

(٨) أخرجه مسلم فى «القسامة» (٣/ ٣٢/ ١٣٠٧، ١٣٠٨) من حديث وائل بن حجر ؓ. نسعة: هى: حبل من جلود مضفورة، جعلها كالزمام له يقوده بها.

(٩) أخرجه مـسلم فى «الصيد والذبائح» (٣/ ٥٧/ ١٥٤٨) وأبو داود فى «سننه» (٣/ ح٢٨١٥) والـترمذى (٢/ ح١٩٧٠) وابن ماجـه (٢/ ح٣١٧٠) والنسائى (٧/ ح٤٤٢٦) وأحمد فى «مـسنده» (٤/ ١٢٣، ١٢٥) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٦٠) والطيالسى (١١١٩).

(١٠) أخرجه الترمذى فى «الديات» (٤/ ح١٤٠٦) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٣٨٥).

الحقوق، وإن لم يحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل، لأنه عاجز عن استيفاء حقه، فإن ادعى الولى المعرفة بالاستيفاء فأمكنه السلطان من ضرب عنقه فضرب عنقه فأبانه فقد استوفى حقه، وإن أصاب غيره وأقر بتعمد ذلك عزر، وإن قال أخطأت وكانت الضربة فى موضع قريب من العنق كالرأس والمنكب قبل قوله مع يمينه، لأن هذا مما يجوز الخطأ فى مثله، وإن كان بعيدًا كالوسط والرجلين لم يقبل قوله، لأن مثل هذا لا يقع الخطأ فيه ثم إن أراد العود ففيه وجهان: **أحدهما**: لا يمكن منه لأنه تبين منه أنه لا يحسن الاستيفاء، ويحتمل العود إلى مثل فعله، **والثانى**: يمكن منه، قاله القاضى، لأن الظاهر تحرزه عن مثل ذلك ثانيًا، وإن كان الولى لا يحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل فيه، لأنه حقه فكان له التوكيل فى استيفائه كسائر حقوقه، فإن لم يجد من يوكله إلا بعوض أخذ العوض من بيت المال.

قال بعض أصحابنا: يرزق من بيت المال رجل يستوفى الحدود والقصاص، لأن هذا من المصالح العامة، فإن لم يحصل ذلك فالأجرة على الجانى، لأنها أجرة لإيفاء الحق الذى عليه فكانت عليه كأجرة الكيال فى بيع المكيل، ويحتمل أن تكون على المقتص لأنه وكيله فكانت الأجرة على موكله كسائر المواضع، والذى على الجانى التمكين دون الفعل، ولهذا لو أراد أن يقتص من نفسه لم يمكن منه ولأنه لو كانت عليه أجرة التوكيل للزمته أجرة الولى إذا استوفى بنفسه، وإن قال الجانى: أنا أقتص لك من نفسى لم يلزم تمكينه، ولم يجز ذلك له، لأن الله قال: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ﴾ (النساء: ٢٩) ولأن معنى القصاص أن يفعل به كما فعل، ولأن القصاص حق عليه لغيره فلم يجز أن يكون هو المستوفى له كالبائع لا يستوفى من نفسه.

7- مسألة: (وسواء كان الجميع حاضرين أو بعضهم غائبًا لما ذكرناه).

فصل: فإن كان القاتل هو العافى فعليه القصاص سواء عفا مطلقًا أو إلى مال، وبهذا قال عكرمة والثورى ومالك والشافعى وابن المنذر، وروى عن الحسن: تؤخذ منه الدية ولا يقتل، وقال عمر بن عبد العزيز: الحكم فيه إلى السلطان.

ولنا قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ (البقرة: ١٧٨) قال ابن عباس وعطاء والحسن وقتادة فى تفسيرها: أى بعد أخذه الدية، وعن الحسن عن جابر بن عبد الله، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا أعفى من قتل بعد أخذه الدية»[5] ولأنه قتل معصومًا مكافئًا، فوجب عليه القصاص كما لو لم يكن قتل.

فصل: وإذا عفا عن القاتل مطلقًا صح، ولم يلزمه عقوبة، وبهذا قال الشافعى وإسحاق وابن المنذر وأبو ثور، وقال مالك والليث والأوزاعى: يضرب ويحبس سنة.

---

(5) أخرجه أبو داود فى كتاب «الديات» (٤/ ح٤٥٠٧) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٣٦٣) وأبو داود الطيالسى فى «السنن» (ص٢٤٣) والبغوى فى «مصابيح السنة» (٢/ ٥١٢) من طريق مطر الوراق عن الحسن عن جابر... به، وإسناده ضعيف. مطر الوراق صدوق كثير الخطأ والحسن لم يسمع من جابر وقد عنعن.

فصل: وإن كان القصاص لجماعة من الأولياء وتشاحوا فى المتولى منهم للاستيفاء أمروا بتوكيل أحـدهم أو واحد من غيرهم ولم يجـز أن يتولاه جميـعهم لما فيه من تـعذيب الجانى وتعدد أفعالهم، فإن لم يتفقوا على واحد وتشاحوا وكان كل واحد منهم يحسن الاستيفاء أقرع بينهم، لأن الحقـوق إذا تساوت وعدم التـرجيح صرنا إلى القرعـة كما لو تشـاحوا فى تزويج موليتهم فـمن خرجت له القرعة أمر الباقـون بتوكيله، ولا يجوز له الاستيـفاء بغير إذنهم لأن الحق لهم فلا يجوز استيفاؤه بغير إذنهم، وإن لم يتفقوا على توكيل واحد منعوا الاستيفاء حتى يوكلوا.

١٤٣٨- **مسألة:** قال: **(وإن كانت الجراح برئت قبل قتله فعلى المعفو عنه ثلاث ديات إلا أن يريدوا القود فيقيدوا ويأخذوا من ماله ديتين).**

أما إذا قطع يديه ورجلـيه فبرئت جـراحه ثم قتلـه فقد استـقر حكم القطع ولولى القـتيل الخيـار إن شاء عـفا وأخذ ثلاث ديات، دية لنفـسه ودية ليـديه، ودية لرجليه، وإن شـاء قتله قصـاصًا بالقتل وأخـذ ديتين لأطرافه، وإن أحب قطع أطرافـه الأربعة وأخذ دية لنفـسه، وإن أحب قطع يديه وأخذ ديتين لنفـسه ورجليه، وإن أحب قطع رجليه وأخذ ديتـين لنفسه ويديه، وإن أحب قطع طرفًا واحـدًا وأخذ دية الباقى، وإن أحب قطع ثلاثة أطراف وأخـذ دية الباقى، وكذلك سائر فـروعها، لأن حكم القطع استـقر قبل القتل بالاندمـال فلم يتغير حكمـه بالقتل الحادث بعده كما لو قتله أجنبى، ولا نعلم فى هذا مخالفًا.

فصل: فإن اختلف الجانى والولى فى اندمال الجرح قبل القتل وكانت المدة بينهما يسيرة

ولنا: أنه إنما كان عليه حق واحد وقد أسقطه مسـتحقه فلم يجب عليه شىء آخر كما لو أسقط الدية عن القتل خطأ.

8- **مسألة: (وإن كان بعضهم صغيراً أو مجنونًا فليس للبـالغ العاقل استيفاء حتى يصيرا مكلفين فى المشهور، وعنه له ذلك).**

وجــملة ذلك: أن ورثة القتل إذا كانوا أكثر من واحد لم يجز لبـعضهم استيفاء القود إلا بإذن الباقين، فإن كان بعضهم غائبًا انتظر قدومه، ولم يجز للحاضر الاستقلال بالاستيفاء بغير خلاف علمناه، وإن كـان بعضهم صـغيراً أو مـجنونًا فظاهر مذهب أحـمد أنه ليس لغيـرهما الاستيفاء حتى يبلغ الصغير ويفـيق المجنون، وبه قال ابن شبرمة وابن أبى ليلى والشافعى وأبو يوسف وإسحاق، ويروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز، رحمه الله، وعن أحمد رواية أخرى: للكبار والعقلاء اسـتيفاؤه، وبه قال حماد ومالك والأوزاعـى والليث وأبو حنيفة، لأن الحسن ابن على رضي الله عنهما قتل ابن ملجم قصاصًا وفى الـورثة صغار فلم ينكر ذلك، ولأن ولاية القصاص هى استحقاق استيفائه وليس للصغير هذه الولاية.

ولنا: أنه قصاص غير متحتم ثبت لجماعة معينين فلم يجز لأحدهم استيفاؤه استقلالاً كما

لا يحتمل انـدماله فى مثلها، فـالقول قول الجانى بغيـر يمين، وإن اختلفا فـى مضى المدة، فالقول قول الجانى مع يمينه، لأن الأصل عدم مضيها، وإن كانت المدة مما يحتمل البر فيها، فالقول قول الولى مع يمينه، لأنه قد وجد سـبب وجوب الدية اليدين بقطعهما والجانى يدعى سقوط ديتـهما بالقتل، والأصل عدم ذلك، فـإن كانت للجانى بينة ببقاء المـجنى عليه ضمنا حتى قتلـه حكم له ببينته، وإن كان للولى بينة ببـرئه حكم له أيضًا، وإن تعارضتـا قدمت بينة الولى لأنها مـثبتـة للبرء، ويحـتمل أن يكون القول قـول الجانى إذا لم يكن لهـما بينة، لأن الأصل بقاء الجراحة وعـدم اندمالها، وإن قطع أطرافه فمات واختـلفا: هل برأ قبل الموت أو مات بسـراية الجرح، أو قـال الولى: إنه مات بـسبب آخر كـأن لدغ أو من الشـجة فى رأس المجنى عليه ويستوفى أرش الباقى، فإن كانت بقدر ثلثها فله ثلث أرش موضحة ذبح نفسه أو ذبحه غيره فـالحكم فيما إذا مات بغير سـبب آخر كالحكم فيما إذا قـتله سواء، وأما إذا مات بقتل أو سبب آخر فـفيه وجهان: **أحـدهـما:** تقديم قول الجـانى، لأن الظاهر بقاء الجناية، والأصل عدم سبب آخر فيكون الظاهر معه، **والثانى:** القول قول ولى الجناية، لأن الأصل بقاء الديتين اللتين وجد سبـبهما حتى يوجد ما يزيلهما، فإن كـانت دعواهما بالعكس فقال الولى: مات من سراية قطعك فعليك القصاص فى النفس، فـقال الجانى بل اندملت جراحه قبل موته

لو كان لحاضر وغائب، ولأنه أحد بدلى النفس فلم ينفرد به بعضهم كالدية، والدليل على أن للصغير والمجنون فيه حقًا أربعة أمور:

أحدها: أنه لو كان منفردًا لاستحقه ولو نافاه الصغير مع غيره لنافاه منفردًا كولاية النكاح.

الثانى: أنه لو بلغ لاستحق ولو لم يكن مسحقًا عند الموت لم يكن مستحقًا بعده كالرقيق إذا أعتق بعد موت أبيه.

الثـالث: أنه لو صار الأمر إلى المال لاستحق ولو لم يكن مسـحقًا للقصاص لما استحق بدله كالأجنبى.

الـرابـع: أنه لو مات الصغيـر لاستحق ورثته، ولو لم يكن حقًا له لـم يرثه كسائر ما لا يستحق، وأما ابن ملجم فـقد قيل: إنه قتله لكفره، لأنه قتل عليّـا مستحلاً لدمه معتـقدًا كفره متـقربًا إلى الله تعالى بذلك، وقيل: قـتله لسعيـه فى الأرض بالفساد وإظهار السـلاح فيكون كقاطع الطريق إذا قتله، وقتله متـحتم، وهو إلى الإمام، والحسن هو الإمام، ولذلك لم ينتظر الغائبـين من الورثة، ولا خلاف بيننا فى وجـوب انتظارهم، وإن قدرنا أنه قتله قـصاصًا فـقد اتفقنا على خلافه فكيف يحتج به بعضنا على بعض؟.

9- مـسـألة: (وكل من ورث المال ورث القـصاص على حسب ميراثه مـن المال حتى الزوجين وذوى الأرحام).

لأنه حق يستحقه الوارث من جهة مورثه فأشبه المال.

أو ادعى موته بسبب آخر، فـالقول قول الولى مع يمينه لأن الجرح سبب للمـوت فقد تحقق، والأصل عدم الاندمال وعـدم سبب آخر يحصل الزهـوق به وسواء كان الجرح فيـما يجب به القصاص فى الطرف كقطع اليد من مفصل ولا يوجبـه كالجائفة والقطع من غير مفصل، وهذا كله مذهب الشافعى.

١٤٣٩- **مسألة:** قال: **(ولو رمى وهو مسلم كافرًا عبـدًا فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فلا قود، وعليه دية حر مسلم إذا مات من سهمه)**.

هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعى، وقال أبو بكر: يجب القود لأنه قتل مكافئًا له ظلمًا عمدًا فوجب القـصاص كما لو كان حرًا مـسلمًا حال الرمى، يحققه أن الاعتـبار بحال الجناية بدليل ما لو رمى مـسلمًا حيـًا فلم يقع به السهم حتى ارتد أو مـات لم يلزمه شىء، ولو رمى عبدًا كافرًا فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فعليه دية حر مسلم، وقال أبو حنيفة: يلزمه فى العبد دية عـبد لمولاه، لأن الإصابة ناشئة عن إرسـال السهم فكان الاعتبار بها كـحالة الجرح فأما الكافر فمذهبه أن ديته دية المسلم، وأنه يقتل به المسلم وكذلك يقتل الحر بالعبد.

ولنا على درء القـصاص: أنه لم يتـعد إلى نفس مكافـأته له حال الرمى فلم يجب عـليه قصاص كـما لو رمى حربيـًا أو مرتدًا فأسلم، وعلى أبى حنيفـة أنه أتلف حرًا فضمنـه ضمان الأحرار كما لو قصد صـيدًا، وما قاله يبطل بما إذا رمى حيًا فأصابه ميتًا، أو صـحيحًا فأصابه معيبًا.

10- **مسألة: ومن لا وارث له وليه الإمام إن شاء اقتص، وإن شاء عفا،** فله أن يفعل من ذلك ما يرى فيه المصلحة للمسلـمين، فإن أحب القصاص فله ذلك وإن أحب العفو إلى مال فله ذلك، وإن أحب العفو إلى غير مال لم يملكه، لأن ذلك للمسلمين ولا حظ لهم فى هذا، وهذا قول أصحاب الرأى، لأنهم لا يرون العفو إلى مال إلا برضى الجانى.

فـصل: وإذا اشترك جماعة فى قتل واحـد فعفى عنهم إلى الدية فعليهم دية واحدة، وإن عفى عن بـعضهم فـعلى المعـفو عنه قـسطه من الدية، لأن الدية بدل المحـل، وهو واحد، فتكون ديته واحدة سواء أتلفه واحد أو جماعة، وقال ابن أبى موسى: فيه رواية أخرى أن على كل واحد دية كـاملة، لأن له قتل كل واحـد منهم فكان على كل واحد منهم دية نـفس كاملة كما لو قلع الأعور عين صحيح فـإنه يجب عليه دية عينه، وهو دية كاملة، والصحيح الأول، لأن الواجب بدل المتلف ولا يختلف باخـتلاف المتلف، ولذلك لو قتل عبد قيمـته ألفان حرًا لم يملك العفو على أكثر من الدية، وأما القصاص فهو عقوبة على الفعل فيتعدد بعدده.

فـصل: قال الشيخ رحمه الله: **الثالث:** أن يؤمن فى الاستيفاء التعدى إلى غير القاتل فلو وجب القصاص على حامل أو حـملت بعد وجوبه لم تقتل حتى تضع الولد وتسـقيه اللبأ، لا نعلم فى ذلك خلافًا، وسواء كان القصاص فى النفس أو فى الطرف، أما فى النفس فلقول الله

ولنا: على أن ديته تجب لورثته دون سيده، أنه إذا أسلم تجب ديته لورثته المسلمين دون الكفار وإن مات مسلمًا حـرًا فكانت ديته لورثته المسلمين كما لو كـان كذلك حال رميه ولأن الميراث إنما يستحق بالموت فتعتـبر حاله حينئذ لا حين سبب الموت بدليل ما لو مرض وهو عبـد كافر ثم أسلم ومات بتلك العلة، والـواجب بدل المحل فيعـتبر بالمحل الذى فـات بها فيجب بقدره وقد فات بها نفس حر مسلم، والقصاص جـزاء الفعل فيعتبر الفعل فيه والإصابة معًا، لأنهما طرفاه فلذلك لم يجب القصاص بقتله.

فـصـل: ولم يفرق الخرقى بين كون الكافر ذميًا أو غيـره إلا أنه يتعين التفريق فيه فمتى رمى إلى حربى فى دار الحرب فـأسلم قبل وقوع الرمية به فلا دية له وفـيه الكفارة، لأنه رمى مندوب إليه مـأمور به فـأشبه مـا لو قتله فى دار الحـرب يظنه حربيًـا، وكان قد أسـلم وكتم إسلامه، وفيـه رواية أخرى أن فيه الدية على عاقلة القـاتل: لأنه نوع خطأ فكذلك هـهنا، ولو رمى مرتدًا فى دار الإسلام فأسلم ثم وقع السهم به ضمنه، لأنه مفرط بإرسال سهمه عليه لأن قتل المرتد إلى الإمام لا إلى آحاد الناس وقتله بالسيف لا بالسهم.

فـصـل: ولو رمى حربيًا فترس بمسلم فأصـابه فقتله نظرنا، فإن كان تترس به بعد الرمى ففيه الكفـارة، وفى الدية على عاقلة الرامى روايتان كالتى قبلهـا، وإن تترس به قبل الرمى لم يجز رميه إلا أن يخاف على الـمسلمين فيرمى الكافر ولا يقصد المسلـم، فإذا قتله، ففى ديته أيضًا روايتان، وإن رماه من غير خوف على المسلم فقتله فعليه ديته، لأنه لم يجز له رميه.

تعالى: ﴿فَلا يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ﴾ (الإسـراء: ٣٣) وقتل الحامل قتل لغير الحامل فيكون إسرافًا، وروى ابن ماجه بإسناده عن عبد الرحمن بن غنم قال: حـدثنا نساء ومعاذ بن جنبل وأبو عبيدة ابن الجراح وعبادة بن الصامت وشـداد بن أوس، قالوا: إن رسول الله ﷺ قال: «إذا قتلت المرأة عمدًا لم تقتل حتى تضع ما فى بطنها إن كانت حاملاً وحتى تكفل ولدها، وإن زنت لم ترجم حتى تـضع ما فى بطنها وحـتى تكفل ولدها»(6) وهذ نص، ولأن النـبى ﷺ قـال للغـامدية المـقـرة بالزنا: «ارجعى حـتى تضـعى ما فى بطنك، ثـم قال لهـا: ارجعى حـتى ترضعـيه»(7) ولأن هذا إجماع من أهل العلم لا نعلم فيه اخـتلافًا، وأما القصاص فى الطرف فلأننا منعنا الاستيفاء فيه خشية السراية إلى الجانى، وإلى زيادة فى حقه، فلأن تمنع منه خشية السراية إلى غيـر الجانى وتفويت نفس معصـومة أولى وأحرى، ولأن فى القصاص منهـا قتلاً

(6) أخرجه ابن ماجه فى «الديات» (٢/ ح٢٦٩٤) وإسناده ضعيف، وفى الزوائد: فى إسناده ابن أنعم، وهو ضعيف وكذلك الراوى عنه عبد الله بن ربيعة.

(7) أخرجـه مسلم فى «الحدود» (٣/ ٢٢/ ١٣٢١، ١٣٢٢) وأبو داود فى كتـاب «الحدود» (٤/ ح٤٤٤٢) والتـرمـذى فى «جامـعـه» (٤/ ح١٤٣٥) والدارمى فى «سننه» (٢/ ح٢٢٢٤) وأحـمـد فى «مـسنده» (٥/ ٣٤٨) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٢٢١).

فصل: ولو قطع يد عبد ثم أعتق ومات أو يد ذمى ثم أسلم ومات، ففيه وجهان: **أحدهما:** الواجب دية حر مسلم لورثته ولسيده منها أقل الأمرين من ديته أو أرش جنايته اعتباراً بحال استقرار الجناية، وقال القاضى وأبو بكر: تجب قيمة العبد بالغة ما بلغت مصروفة إلى السيد اعتباراً بحال الجناية، لأنها الموجب للضمان فاعتبرت حال وجودها ومقتضى قولهما ضمان الذمى الذى أسلم بدية ذمى ويلزمهما على هذا أن يصرفاها إلى ورثته من أهل الذمة وهو غير صحيح، لأن الدية لا تخلو من أن تكون مستحقة للمجنى عليه أو لورثته، فإن كانت له وجب أن تكون لورثته المسلمين كسائر أمواله وأملاكه كالذى كسبه بعد جرحه، وإن كانت تحدث على ملك ورثته فورثته هم المسلمون دون الكفار.

فصل: وإذا قطع أنف عبد قيمته ألف دينار فاندمل ثم أعتقه السيد وجبت قيمته بكمالها للسيد وإن أعتقه ثم اندمل فكذلك، لأنه إنما استقر بالاندمال ما وجب بالجناية والجناية كانت فى ملك سيده، وإن مات من سراية الجرح فكذلك فى قول أبى بكر والقاضى وهو قول المزنى، لأن الجناية يراعى فيها حال وجودها، وقد ذكر القاضى أن أحمد نص عليه فى رواية حنبل فيمن فقأ عينى عبد ثم أعتق ومات ففيه قيمته لا الدية، ومقتضى قول الخرقى أن الواجب فيه دية حر، وهو مذهب الشافعى، لأن اعتبار الجناية بحالة الاستقرار، وقد ذكرناه وتصرف إلى السيد، لأنه استحق أقل الأمرين من ديته أو أرش الجرح والدية هاهنا أقل الأمرين، وما ذكروه ينتقض بما إذا قطع يديه ورجليه فمات بسراية الجرح، فإن الواجب دية النفس لا دية الجرح.

لغير الجانى وهو حرام، وإذا وضعت لم تقتل حتى تسقى الولد اللبأ، لأن الولد تضرر لتركه ضرراً كبيراً، ثم إن لم يكن للولد من يرضعه لم يجز قتلها حتى تجىء أوان فطامه لما ذكرنا من الخبرين، ولأنه لما أخر الاستيفاء لحفظه وهو حمل فلأن يؤخر لحفظه بعد رضعه أولى إلا أن يكون القصاص فيما دون النفس، ويكون الغالب بقاءها وعدم ضرر الاستيفاء منها فيستوفى، وإن وجد له مرضعة راتبة جاز الاستيفاء منها، لأنه يستغنى عنها بلبن المرضعة، وكذلك إن كانت مترددة أو نساء يتناوبنه يرضعنه أو أمكن أن يسقى من لبن شاة أو نحوها، ويستحب للولى تأخيرها لما على الولد من الضرر فى اختلاف اللبن عليه وشرب لبن البهيمة.

11- **مسألة: (وحكم الحد فى ذلك حكم القصاص لما ذكرنا فى الحديث، ولأنه فى معنى القصاص).**

12- **مسألة: وإن ادعت الحمل، ففيه وجهان:**

أحدهما: تحبس حتى يبين حملها، لأن للحمل إمارات خفية تعلمها من نفسها ولا يعلمها غيرها فوجب أن يحتاط للحمل حتى يتبين انتفاء ما ادعته، ولأنه أمر يختصها فقبل قولها فيه كالحيض، **والثانى:** أنها ترى أهل الخبرة، ذكره القاضى، فإن شهدن بحملها

فصل: وإن قطع يد عبد فأعتق ثم عاد فقطع رجله واندمل القطعان فلا قصاص فى اليد، لأنها قطعت فى حال رقه ويجب فيها نصف قيمته أو ما نقصه القطع لسيده، ويجب القصاص فى الرجل التى قطعها حال حريته أو نصف الدية إن عفا عن القصاص لورثته، وإن اندمل قطع اليد وسـرى قطع الرجل إلى نفسه ففى اليـد نصف القيمـة لسيده وعلى القاطع القـصاص فى النفس أو الدية كامـلة لورثته، وإن اندمل قطع الرجل وسرى قطـع اليد ففى الرجل القـصاص بقطعها أو نصف الدية لورثته ولا قصاص فى اليد ولا فى سرايتها وعلى الجانى دية حر لسيده منهـا أقل الأمـرين من أرش القطع أو دية الحـر على قـول ابن حامـد، وعلى قـول أبى بكر والقاضى تجب قيمة العبد لسيده اعتـباراً بحال جنايته، وإن سرى الجرحان لم يجب القصاص فى النفس ولا اليد، لأنه مات من جـرحين موجب وغير موجب فلم يجب القـصاص كما لو جرحـه جرحين عـمدًا أو خطأ ولكن يجب القصـاص فى الرجل، لأنه قطعها من حـر، فإن اقـتص منه وجب نصف الدية لأنه مـات من جنايتـه وقد اسـتوفى منه مـا يقـابل نصف الدية وللسيد أقل الأمرين من نصف القيمـة أو نصف الدية، فإن زاد نصف الدية على نصف القيمة كان الزائد للورثة، وإن عفا ورثته عن القصاص فلهم أيضًا نصف الدية، وإن كان قاطع الرجل غيـر قاطع اليد واندمل الجـرحان فعلى قـاطع اليد نصف القيـمة لسيـده، وعلى قاطع الرجل القصاص فـيها أو نصف الدية، وإن سرى الجـرحان إلى نفسه فـلا قصاص على الأول، لأنه قطع يد عبد وعليـه نصف دية حر، لأن المجنى عليه حر فى حـال قرار الجناية، وعلى الثانى القصـاص فى النفس إذا كان عمـد القطع، لأنه شارك فى القـتل عمدًا عـدوانًا فهو كـشريك

أخرت، وإن شهـدن ببراءتها لم تؤخر، لأن الحق حال عليـها فلا يؤخر بمجـرد دعواها، فإن أشكل على القوابل، أو لم يوجد من يعرف ذلك أخرت حتى تبين، لأننا إذا أسقطنا القصاص من خوف الزيادة فتأخيره أولى.

13- مسألة: (وإن اقتص من حامل وجب ضمان جنينها على قاتلها).

وقال أبو الخطاب: يجب على السلطان الذى مكنه من الاستيـفاء، وعليهما الإثم إن كانا عالمين أو كـان منهما تفريط، وإن علم أحـدهما أو فرط فالإثم عليه، فـإن لم يلق الولد فلا ضمان فيه، لأنا لا نعلم وجوده وحياته، وإن انفصل ميـتًا أو حيًا لوقت لا يعيش فيه مثله ففيه غرة وإن انفصل حـيًا لوقت يعيش مثله فـيه ثم مات من الجناية وجبت ديتـه وينظر، فإن كان الإمام والولى عـالمين بالحمل وتحريـم الاستيفـاء أو جاهلين بالأمرين أو بأحدهمـا، أو كان الولى عالمًا بذلك دون المـمكن له من الاستيفاء فـالضمان عليه وحده، لأنه مبـاشر والحاكم الذى مكنه صاحب سـبب فكان الضمان على المباشـر دون المسبب كالحـافز مع الدافع، فإن علم الحاكم دون الولى فالضمان على الحاكم وحده، لأن المـباشر معذور فكان الضمان على المسبب كالسيـد إذا أمر عبده الأعجمى الذى لا يعرف تحريم القتل به وكـشهود القصاص إذا

الأب، ويتخرج أن لا قـصاص عليه فى النفس، لأن الروح خرجت من سـراية قطعين موجب وغير مـوجب بناءً على شريك الأب، وإن عفا عنه إلى الدية فعـليه نصف دية حر، وإن قلنا: بوجـوب القصـاص فى النفس خرج فى وجـوبه فى الطرف روايتـان، وإن قلنا: لا تجب فى النفس وجب فى الرجل.

فـــصل: وإن قلع عين عبـد ثم أعتق ثم قطع آخر يده ثم قطع آخر رجـله فلا قود على الأول سواء اندمل جرحه أو سرى، وأما الآخران فعليـهما القود فى الطرفين إن وقف قطعهما أو ديتهـما إن عفـا عنهما، وإن سـرت الجراحات كلهـا فعليـهما القـصاص فى النفس، لأن جنايتهما صارت نفسًا وفى ذلك وفى القصاص فى الطرف اختلاف وقد ذكرناه، وإن عفا عنهما فعليهم الدية أثلاثًا وفيما يستحقه السيد وجهان:

أحـدهـمـا: أقل الأمرين من نصف القـيمة أو ثلث الدية هذا قيـاس قول أبى بكر، لأنه بالقطع استحق نصف القيمة، فإذا صارت نفسًا وجب فيها ثلث الدية فكان له أقل أمرين.

والثـانى: له أقل الأمرين من ثلث القيمة أو ثلـث الدية، لأن الجناية إذا صارت نفسًا كان الاعتـبار بما آلت إليـه، ألا ترى أنه لو جنى الجانيان الآخـران قبل العتـق أيضًا لم يكن على الأول إلا ثلث القيمة فـلا يزيد حقه بالعتق كما لو قلع رجل عينه أيضًـا ثم باعه سيده ثم قطع آخر يده وآخـر رجله ثم مات، فـإنه يكون للأول ثلث القـيمة؟ وإن كـان أرش الجناية نصف القيـمة، فإذا قلنا بالوجه الأول، فلو كـان الأول قطع إصبعيـه أو هشمه والجانيـان فى الحرية قطعا يده فالدية عليهم أثلاثًا، للسيد منها أقل الأمـرين من أرش الأصبع، وهو عشر القيمة أو ثلث الدية، ولو كان الجانى فى حال الرق قطع يديه والجانيـان فى الحرية قطعا رجليه وجبت الدية أثلاثًا، وكان للسيد منها أقل الأمرين من جمـيع قيمته أو ثلث الدية، وعلى الوجه الآخر يكون له فى الفرعين أقل الأمرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية.

فـــصل: فإن كان الجانيان فى حال الرق والواحد فى حـال الحرية فمات فعليهم الدية، وللسيد من ذلك فى أحد الوجهين أقل الأمرين من أرش الجنايتين أو ثلثى الدية، وعلى الآخر أقل الأمرين من ثلثى القيمة أو ثلثى الدية.

رجعوا عن الشهادة بعد الاستيفاء، وقال القـاضى: إن كان أحدهما عالمًا وحده فالضمان عليه وحده، وإن كانا غيـر عالمين فالضمان على الحـاكم، لأنه الذى يعرف الأحكام، والولى إنما يرجع إلى حكمه واجتهاده، وإن كانا جـاهلين، ففيه وجهان: **أحدهـما:** الضمـان على الإمام كما لو كانا عالمين، **والثانى:** على الولى، وهو مذهب الشافعى، وقال أبو الخطاب: الضمان على الحـاكم، ولم يفرق، وقـال المزنى: الضمان على الولى فى كل حـال، لأنه المبـاشر والسبب غير ملجئ فكان الضمان عليه كالدافع مع الحافز، وكما لو أمر من يعلم تحريم القتل به فقتل، وقد ذكرنا ما يقتضى التفريق، وهو اختيار شيخنا.

فـــصل: قال الشيخ رحمه الله: **ولا يستوفى القصـاص إلا بحضرة السلطان** وحكاه عن

فـصـل: وإن كان الجناة أربعة: واحد فى الرق وثلاثة فى الحرية ومات، كان للسيد فى أحد الوجهين الأقل من أرش الجناية أو ربع الدية، وعلى الآخر الأقل من ربع القيمة أو ربع الدية، وإن كان الثلاثة فى الرق والواحد فى الحرية كان للسيد أقل الأمرين من أرش الجنايات وثلاثة أرباع الدية فى أحد الوجهين، وفى الآخر الأقل من ثلاثة أرباع القيمة أو ثلاثة أرباع الدية، ولو كانوا عشرة واحد فى الرق وتسعة فى الحرية، فالدية عليهم، وللسيد فيها بحساب ما ذكرنا على اختلاف الوجهين.

فـصـل: فإن قطع يده ثم أعتق، فقطع آخر رجله، ثم عاد الأول فقتله بعد الاندمال فعليه القصاص للورثة، ونصف القيمة للسيد، وعلى الآخر القصاص للورثة فى الرجل أو نصف الدية، فإن كان قبل الاندمال فعلى الجانى الأول القصاص فى النفس دون اليد، لأنه قطعها فى رقه، فإن اختار الورثة القصاص فى النفس سقط حق السيد، لأنه لا يجوز أن يستحق عليه

أبى بكر وهو مذهب الشافعى، لأنه أمر يفتقر إلى الاجتهاد ويحرم الحيف فيه فلا يؤمن الحيف مع قصد التشفى، فإن استوفاه من غير حضرة السلطان وقع الموقع ويعزر لافتياته بفعل ما منع فعله ويحتمل أن يجوز الاستيفاء بغير حضور السلطان إذا كان القصاص فى النفس، لأن رجلاً أتى النبى ﷺ برجل يقوده بنسعة، فقال: إن هذا قتل أخى فاعترف بقتله، فقال النبى ﷺ: «اذهب فاقتله»(8) رواه مسلم بمعناه، ولأن اشتراط حضور السلطان لا يثبت إلا بنص أو إجماع أو قياس، ولم يثبت ذلك ويستحب أن يحضر شاهدين لئلا يجحد المجنى عليه الاستيفاء.

14- **مسألة: (وعليه تفقد الآلة، فإن كانت كالة منعه الاستيفاء بها لئلا يعذب المقتول)**.

وقد روى شداد بن أوس أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته»(9) رواه مسلم، ويمنعه من الاستيفاء بآلة مسمومة، لأنها تفسد البدن وربما منعت غسله، فإن عجل فاستوفى بآلة كآلة أو مسمومة عزر لفعله ما لا يجوز.

15- **مسألة: (وينظر السلطان فى الولى، فإن كان يحسن الاستيفاء ويقدر عليه بالقوة والمعرفة مكنه منه)**.

لقول الله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلا يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ﴾ (الإسراء: ٣٣) وقال ﷺ: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية» ولأنه حق له متميز فكان له استيفاؤه بنفسه إذا أمكنه كسائر الحقوق، ولأن المقصود التشفى وتمكينه منه أبلغ فى ذلك.

---

(8) تقدم برقم (٨) من كفارة المغنى فى المسألة رقم (١٤٣٧).

(9) أخرجه مسلم فى «الصيد» (٣/ ٥٧/ ١٢٤٨) وأبو داود والترمذى وابن ماجه وغيرهم، وقد تقدم.

النفس، وأرش الطرف قبل الاندمال، فإن الطرف داخل فى النفس فى الأرش، وإن اختاروا العفو فعليه الدية دون أرش الطرف، لأن أرش الطرف يدخل فى النفس، وللسيد أقل الأمرين من نصف القيمة أو أرش الطرف، والباقى للورثة، وأما الثانى فعليه نصف القصاص فى الرجل، لأن القتل قطع سرايتها، فصار كما لو اندملت، فإن عفا عنه فعليه «نصف الدية، وإن كان الثانى هو الذى قتل قبل الاندمال فعليه»[١١] القصاص فى النفس، وهل يقطع طرفه؟ على روايتين، فإن عفا الورثة فعليه دية واحدة، وأما الأول فعليه نصف القيمة للسيد، ولا قصاص عليه، وإن كان القاتل ثالثًا فقد استقر القطعان، ويكون على الأول نصف القيمة لسيده، وعلى الثانى القصاص فى الرجل أو نصف الدية لورثته، وعلى الثالث القصاص فى النفس أو الدية.

16- **مسألة: (وإن كان الولى لا يحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل).**

لأنه عاجز عن استيفاء حقه فيوكل من يحسن، فإن ادعى الولى بالمعرفة بالاستيفاء فأمكنه السلطان من ضرب عنقه فضرب عنقه فأبانه فقد استوفى حقه، وإن أصاب غيره، وأقر بتعمد ذلك عزر، فإن قال: أخطأت وكانت الضربة قريبًا من العنق كالرأس والمنكب قبل قوله مع يمينه، لأن هذا مما يجوز الخطأ فى مثله، وإن كان بعيدًا كالوسط والرجلين لم يقبل قوله، لأن مثل هذا لا يقع الخطأ فيه ثم إن أراد العود، ففيه وجهان: **أحدهما**: لا يمكن منه، لأنه ظهر منه أنه لا يحسن الاستيفاء ويحتمل أن يعود إلى مثل فعله، **والثانى**: يمكن منه، قاله القاضى، لأن الظاهر تحرزه عن مثل ذلك ثانيًا.

17- **مسألة: (فإن احتاج الوكيل إلى أجرة فمن مال الجانى فقد قيل: يؤخذ العوض من بيت المال).**

قال بعض أصحابنا: يرزق من بيت المال رجل يستوفى الحدود والقصاص، لأن هذا من مصالح العامة، فإن لم يحصل ذلك فالأجرة على الجانى لأنها أجرة لإيفاء الحق الذى عليه فكانت الأجرة عليه كأجرة الكيال فى ربع المكيل فى بيع المكيل ويحتمل أن تكون على المقتص، لأنه وكيله فكانت الأجرة على موكله كسائر الموضع والذى على الجانى لتمكين دون الفعل، ولهذا لو أراد أن يقتص من نفسه لم يمكن منه ولأنه لو كانت عليه أجرة الوكيل لزمته أجرة الولى إذا استوفى بنفسه، وإن قال الجانى: أنا أقتص لك من نفسى لم يلزم تمكينه، ولم يجز له ذلك، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ﴾ ولأن معنى القصاص أن يفعل به كما فعل، ولأن القصاص حق عليه لغيره فلم يكن هو المستوفى له كالبائع لا يستوفى من نفسه.

18- **مسألة: (والولى مخير بين الاستيفاء بنفسه إن كان يحسن وبين التوكيل).**

لأن الحق له فيتصرف فيه على حسب اختياره كسائر الحقوق، وقيل: ليس له أن يستوفى

---

(١١) سقط من المطبوعة وأثبتناه من «هـ».

فـــصل: وإذا قطع رجل يد عبده، ثم أعـتقه، ثم اندمل جرحه فلا قـصاص عليه ولا ضمان، لأنه إنما قطع يد عبده، وإنما استقر بالاندمال ما وجب بالجراح، وإن مات بعد العتق بسراية الجرح فلا قـصاص فيه، لأن الجناية كانت على مملوكه وفى وجود الـضمان وجهان: **أحدهـما:** لا يجب شىء، لأنه مات بسراية جرح غير مضـمون أشبه ما لو مات بسراية القطع فى الحد وسراية القود، ولأنا تبينا أن القطع كان قتلاً فيكون قـاتلاً لعبده فلا يلزمه ضمانه كما لو لم يعتقه، «وهذا بمقتضى قول أبى بكر»[١٢] **والثانى:** يضمنه بما زاد على أرش القطع من الدية، لأنه مات وهو حر بسراية قطع عـدوان فيضمن، كما لو كان القـاطع أجنبيّا لكن يسقط أرش القطع، لأنه فى ملكه، ويجب الزائد لورثتـه، فإن لم يكن له وارث سواه وجـبت لبيت المال، ولا يرث السيد شيئًا، لأن القاتل لا يرث.

فى الطرف بنفـسه بحال، لأنه لا يؤمن أن يجنـى عليه بما لا يمكن تلافـيه، وقـال القاضى: ظاهر كلام أحمد أنه يمكن منه، لأنه أحد نوعى القصاص فيمكن منه كالقصاص فى النفس.

19- **مسألة: (وإن تشاح أولياء المتقول فى الاستيفاء قدم أحدهم بالقرعة)** .

إذا تشاح الأولياء فى المتولى للاستيفاء أمروا بتوكيل واحد منهم أو من غيرهم، ولم يجز أن يتولاه جميعهم لما فيه من تعذيب الجانى وتعدد أفعالهم، فإن لم يتفقوا على أحد وتشاحوا وكان كل واحـد منهم يحسن الاستيـفاء أقرع بينهم، لأن الحـقوق إذا تساوت وعدم التـرجيح صرنا إلى القـرعة كما لو تشـاحوا فى تزويج موليـتهم، فمن خـرجت له القرعة أمر البـاقون بتوكيله، ولا يجوز له الاسـتيفاء بغير إذنهم فإن لم يـنفقوا على التوكيل منعوا الاسـتيفاء حتى يوكلوا.

فصل: قال رحمه الله: ولا يستوفى القصاص فى النفس إلا بالسيف فى إحدى الروايتين، والأخرى يفعل به كما فعل فلو قطع يديه ثم قتله فـعل به كذلك، وإن قتله بحجر أو غرقه أو غير ذلك فعل به مثل فعله، وإن قطع يده من مفصل أو غيره أو أوضحه فمات فعل به كفعله، فإن مات وإلا ضربت عنقه، وقال القاضى: يقتل ولا يزاد على ذلك رواية واحدة.

وجــملة ذلك أن الرجل إذا جرح رجلاً ثم ضرب عنقه فـالكلام فى المسألة فى حالين: **أحدهـما:** أن يختار الولى القصاص فاختلف الرواية عن أحمد فى كيفية الاستيفاء، فروى عنه لا يستـوفى إلا بالسيف فى العنق، وبه قال عطاء والثـورى وأبو يوسف ومحمـد لما روى عن النبى ﷺ أنه قـال: «لا قود إلا بالسـيف»[15] رواه ابن ماجـه، ولأن القصـاص أحد بدلى النفس فدخل الطرف فى حكم الجـملة كالدية، فإنه لو صـار الأمر إلى الدية لم يجب إلاَّ دية النفس، ولأن القصـد من القصاص فى النفس تعطيل وإتلاف الجملة، وقـد أمكن هذا بضرب

---

(١٢) سقط من المطبوعة وأثبتناه من «هـ».

(15) تقدم برقم (٣) مسألة (١٤٣٧) مستوفيًا فى المغنى.

١٤٤٠ - **مسألة:** قال: **(وإذا قتل رجل اثنين واحداً بعد واحد فاتفق أولياء الجميع على القود أقيد لهما، وإن أراد ولى الأول القود، والثانى الدية، أقيد للأول، وأعطى أولياء الثانى الدية من ماله، وكذلك إن أراد أولياء الأول الدية، والثانى القود)**.

وجملة ذلك: أنه إذا قتل اثنين فاتفق أولياؤهما على قتله بهما، قتل بهما، وإن أراد أحدهما القود والآخر الدية قتل لمن أراد القود، وأعطى أولياء الثانى الدية من ماله، سواء كان المختار للقود الثانى أو الأول، وسواء قتلهما دفعة واحدة أو دفعتين، فإن بادر أحدهما فقتله وجب للآخر الدية فى ماله أيهما كان، وقال أبو حنيفة ومالك: يقتل بالجماعة ليس لهم إلا ذلك، فإن طلب بعضهم الدية فليس له، وإن بادر أحدهم فقتل سقط حق الباقين، لأن الجماعة لو قتلوا واحداً قتلوا به، فكذلك إذا قتلهم واحد قتل بهم كالواحد بالواحد.

وقال الشافعى: لا يقتل إلا بواحد، سواء اتفقوا على طلب القصاص أو لم يتفقوا، لأنه إذا كان لكل واحد استيفاء القصاص فاشتراكهم فى المطالبة لا يوجب تداخل حقوقهم كسائر الحقوق.

ولنا على أبى حنيفة: قول النبى ﷺ: «فمن قتل له قتيل فأهله بين خيرتين: إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا العقل»[١٣] فظاهر هذا أن أهل كل قتيل يستحقون ما اختاروه من

العنق فلا يجوز تعذيبه بإتلاف أطرافه كما لو قتله بسيف كال، فإنه لا يقتل بمثله، **والرواية الثانية:** عن أحمد أنه قال: إنه لأهل أن يُفعل به كما فعل - يعنى أن للمستوفى أن يقطع أطرافه ثم يقتله، وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز ومالك والشافعى وأبى حنيفة وأبى ثور لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾ (النحل: ١٢٦) وقوله سبحانه: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ (البقرة: ١٩٤) ولأن النبى ﷺ رض رأس يهودى لرضه رأس جارية من الأنصار بين حجرين، ولأن الله تعالى قال: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ (المائدة: ٤٥) وهذا قد قلع عينه فيجب أن يقلع عينه للآية، وروى عن النبى ﷺ أنه قال: «من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه»[أ] ولأن القصاص موضوع على المماثلة ولفظه مشعر به فيجب أن يستوفى منه مثل ما فعل، كما لو ضرب العنق آخر غيره، فأما حديث: «لا قود إلا بالسيف» فقال أحمد: ليس إسناده بجيد، **الحال الثانى:** أن يصير الأمر إلى الدية إما بعفو الولى أو كون الفعل خطأ أو شبه عمد أو غير ذلك فالواجب دية واحدة، وهو ظاهر مذهب الشافعى، وقال بعضهم: تجب دية الأطراف المقطوعة ودية النفس، لأنه لما قطع سراية الجرح بقتله صار كالمستقر فأشبه ما لو قتله غيره.

ولنا: أنه قال قبل استقرار الجرح فدخل أرش الجراحة فى أرش النفس كما لو سرت إلى

---

(١٣) تقدم برقم (١٠) فى المسألة رقم (١٤٣٧).

(أ) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٤٣) بنحوه، وإسناده ضعيف.

القتل أو الدية، فإذا اتفقوا على القتل وجب لهم، وإن اختار بعضهم الدية وجب له بظاهر الخبر ولأنهما جنايتان لا يتداخلان إذا كانتا خطأ أو أحدهما فلم يتداخلا فى العمد كالجنايات على الأطراف وقد سلموها.

ولنا على الشافعى: أنه محل تعلق به حقان لا يتسع لهما معًا رضى المستحقان به عنهما فيكتفى به، كما لو قتل عبد عبدين خطأ فرضى بأخذه عنهما، ولأنهما رضيا بدون حقهما فجاز، كما لو رضى صاحب الصحيحة بالشلاء، أو ولى الحر بالعبد وولى المسلم بالكافر، وفارق ما إذا كان القتل خطأ، فإن الجناية تجب فى الذمة، والذمة تتسع لحقوق كثيرة، وما ذكره مالك وأبو حنيفة فليس بصحيح، فإن الجماعة قتلوا بالواحد، لئلا يؤدى الاشتراك إلى إسقاط القصاص تغليظًا للقصاص، ومبالغة فى الزجر، وفى مسألتنا ينعكس هذا، فإنه إذا علم أن القصاص واجب عليه بقتل واحد، وإن قتل الثانى والثالث لا يزداد به عليه حق بادر إلى قتل من يريد قتله وفعل ما يشتهى فعله فيصير هذا كإسقاط القصاص عنه ابتداءً مع الدية.

فصل: وإن طلب كل ولى قتله بوليه مستقلاً من غير مشاركة قدم الأول، لأن حقه أسبق، ولأن المحل صار مستحقًا له بالقتل الأول، فإن عفا ولى الأول فلولى الثانى قتله، وإن طالب ولى الثانى قبل طلب الأول بعث الحاكم إلى ولى الأول فأعلمه، وإن بادر الثانى فقتله أساء، وسقط حق الأول إلى الدية، وإن كان ولى الأول غائبًا، أو صغيرًا أو مجنونًا انتظروا، وإن عفا أولياء الجميع إلى الديات فلهم ذلك، وإن قتلهم دفعة واحدة وتشاحوا فى المستوفى

نفسه، والقصاص فى الأطراف لا يجب على إحدى الروايتين، وإن وجب فإن القصاص لا يشبه الدية، لأن سراية الجرح لا تسقط القصاص فيه وتسقط ديته.

فصل: وإذا قلنا للولى أن يستوفى مثل ما فعل بوليه فوجب أن يقتصر على ضرب عنقه فله ذلك، وهو أفضل، وإن قطع أطرافه التى قطعها الجانى أو بعضها ثم عفا عن قتله جاز، لأنه تارك بعض حقه، وإن قطع بعض أطرافه ثم عفا إلى الدية لم يكن له ذلك، لأن جميع ما فعل به لم يجب به إلا دية واحدة فلا يجوز أن يستوفى بعضه ويستحق كمال الدية، فإن فعل فله ما بقى من الدية، فإن لم يبق منها شىء فلا شىء له، وإن قلنا: ليس له أن يستوفى إلا بضرب العنق فاستوفى بمثل ما فعل فقد أساء، ولا شىء عليه سوى المأثم، لأن فعل الجانى فى الأطراف لم يوجب شيئًا يختص بها فكذلك فعل المستوفى، وإن قطع طرفًا واحدًا ثم عفا إلى الدية لم يكن له إلا تمامها وإن قطع ما يجب به أكثر من الدية ثم عفا احتمل أن يلزمه ما زاد على الدية، لأنه لا يستحق أكثر من الدية، وقد فعل ما يوجب أكثر منها فكانت الزيادة عليه، واحتمل أن لا يلزمه شىء، فإذا ترك قتله وعفا عنه فأولى أن لا يلزمه شىء، ولأنه فعل بعض ما فعل موليه فلم يلزمه شىء، لأنه لو قتله لم يلزمه شىء كما لو قلنا: إن له أن يستوفى مثل ما فعل به.

أقرع بينهم، فقــدم من تقع له القرعة لتسـاوى حقوقهم، وإن بادر غـيره فقتله استـوفى حقه، ويسقط حق الباقين إلى الدية، وإن قتـلهم متفرقًا وأشكل الأول، أو ادعى كل ولى أنه الأول، ولا بينة لهم فأقر القاتل لأحدهم قدم بإقراره، وإن لم يقر أقرعنا بينهم لاستواء حقوقهم.

فــصل: وإن قطع يمينى رجـلين فالحكم فيـه كالحكم فى الأنفس على مـا ذكرنا من التفصيل والاختلاف، إلا أن أصحاب الرأى قالوا: يقاد لهـما جميعًا، ويغرم لهما دية اليد فى ماله نصفين، وهذا لا يصح، لأنه يفضى إلى إيجاب القود فى بعض العضو والدية فى بعضه، والجمع بين البدل والمبدل فى محل واحد، ولم يرد الشرع به، ولا نظير له يقاس عليه.

فــصل: وإن قطع يد رجل ثم قتل آخر، ثم سرى القطع إلى نفس المـقطوع فمات فهو قاتل لهما، فإذا تشاحا فى المستوفى للقتل قتل بالذى قتله، لأن وجوب القتل عليه أسبق، فإن القتل بالذى قطعــه إنما وجب عند السـراية، وهى متأخـرة عن قتل الآخر، وأمـا القطع، فإن قلنا: إنه يسـتوفى منه مثل مـا فعل، فـإنه يقطع له أولاً، ثم يقتل الذى قـتله، ويجب للأول نصف الدية، وإن قلنا: لا يستوفى القطع، وجبت له الدية كـاملة، ولم يقطع طرفه، ويحتمل أن يجب له القطع على كل حال، لأن القطع إنمـا يدخل فى القتل، عند استيفـاء القتل، فإذا تعذر استيفاء القتل وجب استيفاء الطرف لوجوب مقتضيه، وعدم المانع من استيفائه كما لو لم يسر ولو كان قطع اليد لم يسر إلى النفس، فـإنه تقطع يده أولاً، ثم يقتل، وسواء تقدم القطع

فــصل: فإن قطع يديه أو رجليه أو جرحه جرحًـا يوجب القصاص إذا انفرد فسرى إلى النفس فله القصاص فى النـفس، وهل له أن يستوفى القطع قبل القتل؟ على روايتـين ذكرهما القاضى وبناهما على الروايتين المذكورتين فى المسألة: **إحداهما:** ليس له قطع الطرف، وهو مذهب أبى حنيفـة، لأن ذلك يفضى إلى الزيادة على جناية الأول، والقصاص يعتمـد المماثلة فمتى خيف فيه الزيادة سقط كما لو قطع يده من نصف الذراع، **والثانية:** يجب القصاص فى الطرف، فإن مات وإلا ضربت عنقه، وهذا مذهب الشافعى لما ذكرناه فى أول المسألة، وذكر أبو الخطاب أنه لا يقتص منه فى الطرف رواية واحدة، وأنه لا يصح تجرحه على الروايتين فى المســألة لإفضــاء هذا إلى الزيادة بخـلاف المسألـة، قال شيـخنا: والصحـيح تخريجـه على الروايتين، وليس هذا بزيادة، لأن فوات النفس بسراية فعله كفـعله فأشبه ما لو قطعه ثم قتله، ولأن زيادة الفعل فى الصــورة محتـمل فى الاستيـفاء كمـا لو قتله بضربة فلم يـمكن قتله فى الاستيفاء إلا بضربتين.

فــصل: فإن جرحه جرحًا لا قصاص فيـه ولا يلزم فوات الحياة به كالجائفة أو قطع اليد من نصف الذراع أو الرجل من نصف الساق فمات منه أو قطـع يدًا ناقصة الأصابع أو شلاء أو زائدة، ويد القاطع أصلية، صحيحة فالصحيح فى المذهب أنه ليس له فعل ما فعل ولا يقتص إلا بالسيف فى العنق، ذكره أبو بكر والقاضى، وقال غيرهما فيه رواية أخرى: إن له أن يقتص

أو تأخر، وبهـذا قال أبو حنيفـة والشافعى، وقـال مالك: يقتل ولا يقـطع، لأنه إذا قتل تلف الطرف فلا فائدة فى القطع، فأشبه ما لو كانا لواحد.

ولنا: أنهمـا جنايتان على رجلين فلم يتداخـلا كقطع يدى رجلين، وما ذكره من الـقياس غير صحـيح، لأنه قد قال: لو قطع يد رجل ثم قتله يقصد المثلـة به قطع وقتل ونحن نوافقه على هذا فى رواية، فقد حصل الإجماع منها ومنهم(١٤) على انتفاء التداخل فى الأصل فكيف يقيس عليه؟ ولكنه ينقلب دليلاً عليه، فنقول: قطع وقتل فـيستوفى منه، مثل ما فعل، كما لو فعله برجل واحـد يقصد المثلة به، ويثبت الحكم فى محل النزاع بطريق التنبيـه، فإنه إذا لم يتداخل حق الواحد فحق الاثنين أولى ويبطل بهذا ما قاله من المعنى.

فـصل: وإن قطع أصبعًا من يمين رجل ويمـينًا لآخر، وكان قطع الأصبع أسبق قطعت أصبـعه قصـاصًا، وخيـر الآخر بين العـفو إلى الدية وبين القـصاص وأخذ دية الأصـبع ذكره القاضى، وهو اختيار ابـن حامد، ومذهب الشافعى، لأنه وجد بعض حقـه، فكان له استيفاء الموجود، وأخذ بدل المفقود كمن أتلف مثليًا لرجل فوجد بعض المثل، وقال أبو بكر: يخير بين القصاص ولا شىء له معه، وبين الدية، هذا قياس قوله، وهو مذهب أبى حنيفة، لأنه لا يجمع فى عضو واحـد بين قصاص ودية كالنفس، وإن كان قطع اليد سـابقًا على قطع الإصبع قطعت يمينه قـصاصًا، ولصاحب الأصبـع أرشها، ويفارق هذا ما إذا قـتل رجلاً، ثم قطع يد آخر حيث قدمنا استيـفاء القطع مع تأخره، لأن قطع اليد لا يمنع التكافؤ فى النفس، بدليل أنَّا

بمثل فعـله، لأنه صار قتلاً فكان له القـصاص بمثل فعله كـما لو رض رأسه بحجر فـقتله به والصحيح الأول، لأن هذا لو انفرد لم يكن فـيه قصاص فلم يجز القصاص فيـه مع القتل كما لو قطع يمـينه ولم يكن لقـاطع يمـين لم يكن له أن يقطع يسـاره، وفـارق ما إذا رض رأسـه فمات، لأن ذلك الفعل قتل مـفرد وهـهنا قطع وقتل، والقطع لا يوجب قصاصًا فـتبقى مجرد القتل، فإذا جمع المستوفى بينهما فقد زاد قـطعًا لم يرد الشرع باستيفائه فيكون حرامًا، وسواء فى هذا ما إذا قطع ثم قتل عقيبه، وبين ما إذا قطع فسرى إلى النفس.

فـصل: فأما إن قطع اليمنى ولا يمنى للقاطع أو اليد ولا يد له أو قلع العين ولا عين له فمات المجنى عليه فإنه يقتل بالسـيف فى العنق ولا قصاص فى طرفه لا أعلم فيه خلافًا، لأن القصاص إنمـا يكون فى مثل العضو المتلف وهو هـهنا معدوم، ولأن القصاص فـعل مثل ما فعل الجانى ولا سبيل إليه، ولأنه لو قطع ثم عفا عن القتل لصار مستوفيًا رجلاً ممن لم يقطع له مثلها وهذا غير جائز.

فـصل: وإن قتله بغير السيف مثل أن قتله بـحجر أو هدم أو تغريق أو حنق فهل يستوفى القصاص بمثل ما فعله على روايتين: **إحداهما:** يستوفى وهو قول مالك والشافعى **والثانية:** لا

---

(١٤) وفى نسخة: منه.

نأخذ كامل الأطراف بناقصها، وأن ديتهما واحدة، ونقص الأصبع يمنع التكافؤ فى اليد، بدليل أنا لا نأخذ الكاملة بالناقصة واختلاف ديتهما، وإن عـفا صاحب اليد قطعت الأصبع لصاحبها وإن اختار قطعها.

١٤٤١- **مسألة:** قال: (وإذا جرحه جرحًا يمكن الاقتصاص منه بلا حيف اقتص منه).

وجـــملـة ذلك: أن القـصاص يجـرى فيـما دون النفس من الجـروح إذا أمكن للنص والإجماع، أما النص فقول الله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ (المائدة: ٤٥) وروى أنس بن مالك أن الربيع بنت النضر بن أنس كـسرت ثنية جارية فـعرضوا عليهم الأرش فـأبوا إلا القصاص، فجـاء أخوها أنس بن النضر، فقـال: يا رسول الله تكسر ثنيـة الربيع؟ والذى بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها، فـقال النبى ﷺ: «يا أنس كتاب الله القصاص» قال: فعـفا القوم، فقال النبى ﷺ: «إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره» متفق عليه [١٥] وأجمع المسلمون على جريان الـقصاص فـيمـا دون النفس إذا أمكن، ولأن ما دون النفس كـالنفس فى الحـاجة إلى حفظه بالقصاص فكان كالنفس فى وجوبه.

فصل: ويشترط لوجوب القصاص فى الجروح ثلاثة أشياء:

أحـــدها: أن يكون عمدًا محـضًا، فأما الخطأ فلا قصاص فيـه إجماعًا، ولأن الخطأ لا

يستوفى إلا بالسيف فى العنق، وهو مذهب أبى حنيفة فـيما إذا قتله بمثقل الحديد على إحدى الروايتين عنده أو جرحه فمات، ووجـه الروايتين ما تقدم فى أول المسألة، ولأن هذا لا يؤمن معه الزيادة على ما فـعله القاتل فلا يجب القصاص بمثل آلته كـما لو قطع الطرف بآلة كالة أو مسمومة أو بالسيف فإنه لا يستوفى بمثله، ولأن هذا لا يقتل به المرتد فلا يستوفى به القصاص كما لو قتله بتجريع الخمـر أو السحر، ولا تفريع على هذه الرواية، فأما على الرواية الأخرى فإنه إذا فعل به مثل فعله فم يمت قتله بالسيف، وهذا أحد قولى الشافعى، والقول الثانى: أنه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت به، لأنه قتله بذلك فله قتله بمثله.

ولنا: أنه قـد فعل به مـثل فعله فلم يزد عليـه كمـا لو جرحه جـرحًا أو قطع منـه طرفًا فاستوفى منه الولى مـثله فلم يمت به فإنه لا يكرر عليه الجرح بغيـر خلاف ويعدل إلى ضرب عنقه.

20- **مـسـألة:** (فإن قتله بمحـرم فى نفسه كتجريع الخمـر واللواط ونحوه قتل بالسيف رواية واحــدة) إذا قتله بما يحرم لعينه كتجريع الخـمر واللواط أو سحره لم يقتل بمثله اتفاقًا ويقتل بالسيف، وحكى أصحـاب الشافعى فيمن قتله باللواط وتجريع الخـمر وجهًا أنه يدخل فى دبره خشبة يقتله بها ويجرعه الماء حتى يموت.

---

(١٥) أخرجه البخارى فى «الصحيح» (٥/ ح٢٧٠٣/ فتح) ومسلم فى «القسامة» (٣/ ٢٤/ ١٣٠٢) وأبو داود (٤/ ٤٥٩٥) والنسائى (٨/ ٤٧٧١) وابن ماجه (٢/ ٢٦٤٩) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ١٢٨، ١٦٧).

يوجب القصاص فى النفس، وهى الأصل ففيما دونها أولى، ولا يجب بعمد الخطأ، وهو أن يقصد ضربه بما لا يفضى إلى ذلك غالبًا مثل أن يضربه بحصاة لا يوضح مثلها فتوضحه فلا يجب به القصاص، لأنه شبه العمد ولا يجب القصاص إلا بالعمد المحض، وقال أبو بكر: يجب به القصاص ولا يراعى فيه ذلك لعموم الآية.

الثانى: التكافؤ بين الجارح والمجروح، وهو أن يكون الجانى يقاد من المجنى عليه لو قتله كالحر المسلم مع الحر المسلم فأما من لا يقتل بقتله فلا يقتص منه فيما دون النفس له كالمسلم مع الكافر والحر مع العبد والأب مع ابنه لأنه لا تؤخذ نفسه بنفسه فلا يؤخذ طرفه بطرفه ولا يجرح بجرحه كالمسلم مع المستأمن.

الثالث: إمكان الاستيفاء من غير حيف ولا زيادة، لأن الله تعالى قال: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾ (النحل: ١٢٦) وقال: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ (البقرة: ١٩٤) ولأن دم الجانى معصوم إلا فى قدر جنايته فما زاد عليها يبقى على العصمة فيحرم استيفاؤه بعد الجناية كتحريمه قبلها ومن ضرورة المنع من الزيادة المنع من القصاص لأنها من لوازمه فلا يمكن المنع منها إلا بالمنع منه وهذا لا خلاف فيه نعلمه.

ولنا: أن هذا محرم لعينه فوجب العدول عنه إلى القتل بالسيف كما لو قتله بالسحر، وإن حرقه فقال بعض أصحابنا: لا يحرق، لأن التحريق محرم لحق الله تعالى لقول النبى ﷺ: «لا يعذب بالنار إلا رب النار»(12) وهذا داخل فى عموم الخبر، وهذا مذهب أبى حنيفة، وقال القاضى: الصحيح أن فيه روايتين كالتغريق، إحداهما: يحرق وهو مذهب الشافعى لما روى البراء بن عازب قال: «من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه» وحملوا الحديث الأول على غير القصاص.

21- مسألة: (ولا يجوز الزيادة على ما أتى به رواية واحدة، ولا قطع شيء من أطرافه، فإنْ فعل فلا قصاص فيه وتجب فيه ديته سواء عفا عنه أو قتله).

إذا زاد مستوفى القصاص فى النفس على حقه مثل أن يقتل وليه فيقطع المقتص أطرافه أو بعضها نظرنا، فإن عفا عنه بعد قطع طرفه فعليه ضمان ما أتلف بديته، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعى وابن المنذر وأبو يوسف ومحمد: لا ضمان عليه، ولكن قد أساء ويعزر، وسواء عفا عن القاتل أو قتله، لأنه قطع طرفًا من جملة استحق إتلافها فلم يضمنه كما لو قطع أصبعًا من يد استحق قطعها.

ولنا: أنه قطع طرفًا له قيمة حال القطع بغير حق فوجب عليه ضمانه كما لو عفا عنه، ثم قطعه أو كما لو قطعه أجنبى، فأما إن قطعه ثم قتله احتمل أن يضمنه أيضًا، لأنه يضمنه إذا عفا عنه فكذلك إذا لم يعف، لأن العفو إحسان فلا يكون موجبًا للضمان، واحتمل أن لا

---

(12) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٣/ ح٢٦٧٣) وإسناده صحيح.

وممن منع القصاص فيـما دون الموضحة الحسن والشافعى وأبو عـبيد وأصحاب الرأى، ومنعه فى العظام عمـر بن عبد العزيز وعطاء والنخعى والزهرى والحكم وابن شـبرمة والثورى والشافعى وأصحاب الرأى إذا ثبت هذا فإن الجرح الـذى يمكن استيفاؤه من غير زيادة هو كل جرح ينتهى إلى عظم كالموضحة فى الرأس والوجه ولا نعلم فى جواز القصاص فى الموضحة خـلافًا، وهى كل جـرح ينتهى إلى العـظم فى الرأس والوجه، وذلك لأن الله تعـالى أوجب القصـاص فى الجروح فلو لم يجب ههنا لـسقط حكم الآية وفى معنى الـموضحـة كل جرح ينتهى إلى عظم فيما سوى الرأس والوجه كالساعـد والعضد والساق والفخذ فى قول أكثر أهل العلم، وهو منصوص الشافعى، وقال بعض أصحابه: لا قصاص فيها لأنه لا يقدر فيها وليس بصحيح لقول الله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ (المائدة: ٤٥) ولأنه أمكن استيفاؤها بغير حيف ولا زيادة لانتهـائها إلى عظم فـهى كالموضـحة والتقـدير فى الموضحـة ليس هو المقـتضى للقصاص ولا عدمه مانعًا وإنما كان التقدير فى المـوضحة لكثرة شينها وشرف محلها ولهذا ما قدر ما فوقها من شجاج الرأس والوجه ولا قصاص فيه وكذلك الجائفة أرشها مقدر لا قصاص فيه.

يضمنه، وهو قول أبى حنيفة، لأنه لو قطع متـعديًا ثم قتل لم يضمن الطرف، فلأن لا يضمنه إذا كان القتل مستحقّا أولى، فأمـا القصاص فلا يجب فى الطرف بحال، ولا نعلم فيه خلافًا، لأن القصاص عقوبة تدرأ بالشـبهات والشبهة هـهنا متحقـقة، لأنه مستحق لإتلاف هذا الطرف ضمنًا لاستحـقاقه إتلاف الجـملة، ولا يلزم ممن سـقوط القصـاص أن لا تجب الدية بدليل امتناعه لعـدم المكافأة، فأما إن كـان الجانى قطع طرفه ثم قتله فـاستوفى منه بمثل فـعله فقد ذكرناه فيما مضى، وإن قطع طرفًا غير الذى قطعه الجانى كان الجانى قطع يده فقطع المستوفى رجله احتمل أن يكون بمنزلة مـا لو قطع يده لاستواء ديتهما، واحـتمل أن تلزمه دية الرجل، لأن الجانى لم يقطعها فأشبه ما لو لم يقطع يده.

فـصل: فأما إن كانت الزيادة فى الاستيفـاء من الطرف مثل أن يستحق قطع أصبع فقطع اثنين فحكمه حكم القـاطع ابتداء إن كان عمدًا من مـفصل أو شجة يجب فى مثلهـا القصاص فعلـيه القصـاص فى الزيادة، وإن كان خـطأ أو جرحًا لا يـوجب القصاص مـثل من يسـتحق موضحـة فاستوفى هاشمـة فعليه أرش الزيادة إلا أن يكون ذلك بسبب من الـجانى كاضطرابه حال الاستيفاء فلا شىء على المقتص، لأنه حصل بفعل الجانى، فإن اختلفا هل فعله عمدًا أو خطأ فالقول قول المختص مع يمينه، لأن هذا مـما يمكن الخطأ فيه وهو أعلم بمقصده، وإن قال المقـتص حصل هذا باضطرابك أو فعل من جهـتك فالقول قول المـقتص منه، لأنه منكر فإن سرى الاستيفاء الذى حصلت فـيه الزيادة إلى نفس المقتص منه أو إلى بعض أعضائه مثل أن قطع أصبعه فسرى إلى الجميع يده أو اقتص منه بآلة كالة أو مسمومة أو فى حال حر مفرط

فـصل: ولا يستوفى القـصاص فيما دون النفس ولا بآلة يخشى منهـا الزيادة سواء كان الجرح بـها أو بغيـرها، لأن القتل إنمـا استـوفى بالسيف، لأنه آلتـه وليس ثمة شىء يـخشى التعدى إليـه فيجب أن يستوفى مـا دون النفس بآلته ويتوفى ما يخـشى منه الزيادة إلى محل لا يجوز استيفاؤه، ولأننا منعنا القصاص بالكلية فيما يخشى الزيادة فى استيفائه، فلأن نمنع الآلة التى يخشى منها ذلك أولى، فإن كان الجرح موضحة أو ما أشبهها فبالموسى أو حديدة ماضية معدة لذلك، ولا يسـتوفى فى ذلك إلا من له علم بذلك كالجرائحى ومن أشبـهه فإن لم يكن للولى علم بذلك أمر بالاستـنابة، وإن كان له علم فقال القاضى: ظاهر كـلام أحمد أنه يمكن منه، لأنه أحد نوعى القصاص فيمكن من استيفائه إذا كان يحسن كالقتل ويحتمل أن لا يمكن من استيفائه بنفسه ولا يليه إلا نائب الإمام أو من يستنيبه ولى الجناية، وهذا مذهب الشافعى، لأنه لا يؤمن مع العداوة وقصد التشفى الحيف فى الاستـيفاء بما لا يمكن تلافيه وربما أفضى إلى النزاع والاختلاف بأن يدعى الجانى الزيادة وينكرها المستوفى.

أو برد شديد فسرى فقال القاضى: على المـقتص نصف الدية، لأنه تلف بفعلين جائز ومحرم ومضمون وغير مضمون، فانقسم الواجب عليـها نصفين كما لو جرحه جرحًا فى ردته وجرحًا بعد إسلامه فمـات منهما، وهذا كله مذهب الشافعى، قال شيخنا: ويحـتمل أن يلزمه ضمان السراية كلها فيما إذا اقتص بآلة مسمومة أو كالة، لأن الفعل كله حرم بخلاف قطع الأصبعين.

فـصل: فأما إن قطع بعض أعـضائه ثم قتله بعد أن برأت الجـراح مثل من قطع يديه ورجليه فبرأت جراحتـه ثم قتله فقد استقر حكم القطع ولولى القتيل الخـيار إن شاء عفا وأخذ ثلاث ديات لنفسـه ويديه ورجليه لكل واحد دية، وإن شاء قـتله قصاصًا بالقتـل، وأخذ ديتين لأطرافه، وإن أحب قطع أطرافـه الأربعة، وأخذ دية لنفسه، وإن أحب قطع يـديه وأخذ ديتين لنفسه ورجليه، وإن أحب قطع طرفًا واحدًا وأخذ دية الباقى، وكذلك سائر فروعها، لأن حكم القطع استقر قبل القتل بالاندمال فلم يتغير حكمه بالقتل الحادث بعده كما لو قتله أجنبى، ولا نعلم خلافًا فى هذا.

فـصل: فإن اختلف الجانى والولى فى اندمال الجرح قـبل القتل، وكانت المدة بينهما يسيرة لا يحتمل اندمـاله فى مثلها فالقول قول الجانى بغير يمـين، وإن اختلفا فى مضى المدة فالقول قول الجانى مع يمينه، لأن الأصل عدم مضيها، وإن كانت المدة مما يحتمل البرء فيها فالقول قول الولى مع يمينه، لأنه قد وجد سـبب وجوب دية اليدين بقطعهما، والجانى يدعى سقوط ديتـهما بالقتل، والأصل عدم ذلك، فـإن كانت للجانى بينة ببقاء المـجنى عليه ضمنًا حتى قـتله حكم له ببينتـه، وإن كانت للولى ببـرئه حكم له أيضًا، فإن تعـارضتـا قدمت بينة الولى، لأنها مـثبتـة للبرء ويحـتمل أن يكون القول قـول الجانى إذا لم يكن لهـما بينة، لأن الأصل بقاء الجراحة وعـدم اندمالها، وإن قطع أطرافه فمات، واختـلفا هل برأ قبل الموت أو

فصل: وإذا أراد الاستيفاء من موضحة وشبهها، فإن كان على موضعها شعر حلقه ويعمد إلى موضع الشجـة من رأس المشجوج فيعلم منـه طولها بخشبة أو خيط ويضـعها على رأس الشاج ويعلم طرفيه بخط بسواد أو غيره ويأخذ حديدة عرضـها كعرض الشجة فيضعها فى أول الشجة ويجرها إلى آخرها مثل الشـجة طولاً وعرضًا ولا يراعى العمق، لأنه حده العظم، ولو روعى العمق لتعذر الاستيفاء، لأن الناس يختلفون فى قلة اللحم وكثرته وهذا كما يستوفى فى الطرف مثله، وإن اختلفا فى الصغر والكبر والدقة والغلظ ويراعى الطول والعرض، لأنه ممكن فإن كان رأس الشاج والمشـجوج سواء استوفى قدر الشجة، وإن كـان رأس الشاج أصغر لكنه يتسع للشـجة استوفيت إن اسـتوعب أن رأس الشاج كله، وهى بعض رأس المـشجوج، لأنه استـوفاها بالمساحـة، ولا يمنع الاستيـفاء زيادتها على مـثل موضعهـا من رأس الجانى، لأن الجميع رأسـه، وإن كان قدر الشجة يزيد على رأس الجـانى، فإنه يستوفى الشجـة من جميع رأس الشاج، ولا يجوز أن ينزل إلى جبهته، لأنه يقـتص فى عضو آخر غير العضو الذى جنى عليه وكذلك لا ينزل إلى قفاه لما ذكرناه، ولا يستـوفى بقية الشجة فى موضع آخر من رأسه، لأنه يكون مستـوفيًا لموضحتـين وواضعًا للحديدة فى غيـر الموضع الذى وضعها فـيه الجانى واختلف أصحابنا فى ماذا يصنع، فذكر القاضى أن ظاهر كلام أبى بكر أنه لا أرش له فيما بقى كى لا يجتمع قـصاص ودية فى جرح واحد، وهذا مـذهب أبى حنيفة، فعلى هذا يتـخير بين الاستيفاء فـى جميع رأس الشاج ولا أرش له وبين العفو إلى دية موضحـة، وقال أبو عبد الله

موات بسراية الجرح أو قـال الولى: إنه مات بسبب آخر كأن لدغ أو ذبح نفســه أو ذبحه غيره فالحكم فيما إذا مات بغير سبب كالحكم فـيما إذا قتله سواء، وأما إذا مات بقتل أو سبب آخر ففيه وجهان:

أحدهـما: تقديم قول الجانى، لأن الظاهر لبقـاء الجناية، والأصل عدم سبب آخر فيكون الظاهر معه.

والثانى: القول قول ولى الجناية، لأن الأصل بقاء الديتين اللتين وجد سببهما حتى يوجد ما يزيلهما، إن كانت دعواهما بالعكس، فـقال الولى: مات من سراية قطعك فعليك القصاص فى النفس، فقال الجانى: بـل اندملت جراحته قبل موته، أو ادعى موته بسـبب آخر، فالقول قول الولى مع يمينه، لأن الجرح سبب للموت وقد تحقق، والأصل عدم الاندمال وعدم سبب آخر يحصل الزهوق به، وسـواء كان الجرح مما يجب به القصـاص فى الطرف كقطع اليد من مفصل أو لا يوجبه كالجائفة والقطع من غير مفصل، وهذا كله مذهب الشافعى.

فصل: فإن قتل واحد جماعة فرضوا بقتله قتل لهم ولا شىء لهم سواه.

وجملة ذلك: أنه إذا قتل واحد اثنين أو أكثر فاتفق أولياؤهم على قتله بمن قتل لهم، لأن الحق لهم، وقد رضـوا بهِ ولا شىء لهم سواه، لأن الحق لا يتسع لأكثـر من واحد، فإن أراد

ابن حامد وبعض أصـحابنا: له أرش ما بقى وهو مذهب الشـافعى، لأنه تعذر القصاص فـيما جنى عليه فكان له أرشه كما لو تعذر فى الجميع، فعلى هذا تقدر شجة الجانى من الشجة فى رأس المجنى عليه ويستـوفى أرش الباقى، فإن كانت بقدر ثلثهـا فله ثلث أرش موضحة، وإن زادت أو نقصت عن هذا فبالحساب من أرش الموضحة ولا يجب له أرش موضحة كاملة لئلا يفضى إلى إيجاب القصاص، ودية موضحة فى موضـحة واحدة، فإن أوضحه فى جميع رأسه ورأس الجانى أكبر فللمـجنى عليه أن يوضح منه بقدر مساحة موضحـته من أى الطرفين شاء، لأنه جنى عليه فى ذلك الموضع كله، وإذا استوفى قدر موضحته ثم تجاوزها واعترف أنه عمد ذلك فعليه القصـاص فى ذلك القدر، فإذا اندملت موضحته استـوفى منه القصاص فى موضع الاندمـال، لأنه موضع الجـناية، وإن ادعى الخطأ فـالقول قـوله، لأنه مـحتـمل، وهو أعلم بقصده، وعليه أرش موضحة، **فإن قـيل**: فهذه الموضحة كلها لو كانت عدوانًا لم يجب فيها إلا دية موضحة فكيف يجب فى بعضها دية موضحة؟ **قلنا**: لأن المستوفى لم يكن جناية إنما يجاوز الزائد، والزائد لو انفرد لكان موضحة، فكذلك إذا كـان معه ما ليس بجناية بخلاف ما إذا كان كلها عدوانًا، فإن الجميع جناية واحدة.

أحدهم القود والآخرون الدية قتل لمن اختار القود وأعطى الباقون دية قتلاهم من مال القاتل، سواء كـان المختـار للقود الأول أو الثـانى أو بعده وسواء قـتلهم دفعـة واحدة أو دفعـتين أو دفعات، فإن بادر أحدهـم فقتله وجب للباقين دية قتلاهم فى ماله أيهم كـان، وقال أبو حنيفة ومالك: يقتل بالجماعة وليس لهم إلا ذلك فإن طلب بعضهم الدية فليس له، وإن بادر أحدهم فقتله سـقط حق الباقين، لأن الجماعـة لو قتلوا واحدًا قتلوا به، فكذلك إذا قـتلهم واحد قتل بهم كالواحد بالواحد، وقال الشافعى: لا يقتل إلا بواحد سواء اتفقوا على الطلب للقصاص أو لم يتفقوا، لأنه إذا كان لكل واحد استيفـاء القصاص فاشتراكهم فى المطالبة لا يوجب تداخل حقوقهم كسائر الحقوق.

ولنا: على أبى حنيفة قـول النبى ﷺ: «فمن قتل له قتيل فأهله بين خـيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا العقل»(١٣) فظاهر هذا أن أهل كل قتيل يستحقون ما اختاروه من القتل أو الدية، فإذا اتفقوا على القتل وجب لهم، وإن اختـار بعضهم الدية وجبت له بظاهر الخبر، ولأنهما جنايتان لا تتـداخلان، إذا كانتا خطأ أو إحداهما فلم تتداخل فـى العمد كالجناية على الأطراف، وقد سلموها.

ولنا: على الشافعى أنه محل تعلقت به حقوق لا يتسع لهـا مع رضى المستحقين به عنها فيكتفى به كما لو قتل عبد عبـيدًا خطأ فرضى سيدهم بأخذه عنهم، ولأنهم رضوا بدون حقهم فجاز كما لو رضى صاحب الصحيحة بالشلاء وولى الحر بالعبد والمسلم بالكافر وفارق ما إذا

---

(١٣) تقدم برقم (١).

فـــصل: وإذا أوضحه فى جميع رأسه ورأس الجانى أكبر فأحب أن يستوفى القصاص بعضه من مقدم الرأس أو بعضه من مؤخره، احتمل أن يمنع منه، لأنه يأخذ موضحتين بواحدة، وديتهما مختلفة، واحتمل الجواز، لأنه لا يجاوز موضع الجناية ولا قدرها إلا أن يقول أهل الخبرة: إن فى ذلك زيادة ضرر أو شين فلا يفعل، ولأصحاب الشافعى كهذين، فإن كان رأس المجني عليه أكبر فأوضحه الجانى فى مقدمه ومؤخره موضحتين قدرهما جميع رأس الجانى فله الخيار بين أن يوضحه موضحة واحدة فى جميع رأسه أو يوضحه موضحتين يقتصر فى كل واحدة منهما على قدر موضحته ولا أرش لذلك وجهًا واحدًا، لأنه ترك الاستيفاء مع إمكانه، وإن عفا إلى الأرش فله أرش موضحتين، وإن شاء اقتص من أحدهما، وأخذ دية الأخرى.

فــصل: وإذا كانت الجناية فى غير الرأس والوجه فكانت فى ساعد، فزادت على ساعد الجانى لم ينزل إلى الكف، ولم يصعد إلى العضد وإن كانت فى الساق لم ينزل إلى القدم، ولم يصعد إلى الفخذ، لأنه عضو آخر، فلا يقتص منه كما لم ينزل من الرأس إلى الوجه ولم يصعد من الوجه إلى الرأس.

فــصل: وإذا شج فى مقدم رأسه أو مؤخره عرضًا شجة لا يتسع لها مثل ذلك الموضع من رأس الشاج فأراد أن يستوفى من وسط الرأس فيما بين الأذنين لكونه يتسع لمثل تلك الموضحة ففيه وجهان: **أحدهما:** لا يجوز، لأنه غير الموضع الذى شجه فلم يجز له

كان القتل خطأ فإن أرش الجناية يجب فى الذمة، والذمة تتسع لحقوق كثيرة، وما ذكره أبو حنيفة ومالك فلا يصح، لأن الجماعة إنما قتلوا بالواحد لئلا يؤدى الاشتراك إلى إسقاط القصاص تغليظًا للقصاص ومبالغة فى الزجر، وفى مسألتنا ينعكس هذ فإنه إذا علم أن القصاص واجب عليه بقتل واحد ولا يزاد بقتل الثانى، والثالث بادر إلى قتل من يريد قتله فيصير هذا كإسقاط القصاص عنه ابتداء مع الدية.

22- **مسألة:** (وإن تشاحوا فيمن يقتله منهم على الكمال أقيد للأول).

لأن حقه أسبق، ولأن المحل صار مستحقًا له بالقتل الأول، فإن عفى ولى الأول فلولى الثانى قتله، وإن طالب ولى الثانى قبل طلب الأول بعث الحاكم إلى ولى الأول فأعلمه، وإن بادر الثانى فقتله فقد أساء وسقط حق الأول إلى الدية، فإن كان ولى الأول غائبًا أو صغيرًا أو مجنونًا انتظر، وإن عفى أولياء الجميع إلى الديات فلهم ذلك، فإن قتلهم دفعه واحدة وتشاحوا فى المستوفى أقرع بينهم فيقدم من تقع له القرعة لتساوى حقوقهم، فإن بادر غيره فقتله استوفى حقه وسقط حق الباقين إلى الدية، فإن قتلهم متفرقًا وأشكل الأول وادعى ولى كل واحد أنه الأول ولا بينة لهم فأقر القاتل لأحدهم قدم بإقراره وإلا أقرعنا بينهم لاستواء حقوقهم.

الاستيفاء منه كما لو أمكنه استيفاء حقه من محل شجته، واحتمل أن يجوز، لأن الرأس عضو واحد، فإذا لم يمكنه استيفاء حقه من محل شجـته جاز من غيره كما لو شجه فى مقدم رأسه شجة قدرهـا جميع رأى الشاج جاز إتمام اسـتيفائها فى مؤخـر رأس الجانى، وهذا منصوص الشافعى وهكذا يخرج فيما إذا كان الجرح فى موضع من الساق والقدم والذراع والعضد، وإن أمكن الاستيفاء من محل الجناية لم يجز العدول عنه وجهًا واحدًا.

١٤٤٢- مـسـألة: قـال: **(وكذلـك إذا قطع منه طرفًا من مـفصل قطع منه مـثل ذلك المفصل إذا كان الجانى يقاد من المجنى عليه لو قتله).**

أجـمع أهل العلم على جـريان القـصاص في الأطراف، وقـد ثبت ذلك بقـوله تعـالى: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ (المائدة: ٤٥) وبخبر الربيع بنت النضر بن أنس[(١٦)] ويشترط لجريان القصاص فيها شروط خمسة:

أحدها: أن يكون عمدًا على ما أسلفناه، **والثانى:** أن يكون المجنى عليه مكافئًا للجانى بحيث يقاد به لو قتله، **والثالث:** أن يكون الطرف متساويًا للطرف ولا يؤخذ صحيح بأشل ولا كاملة الأصابع بناقصة ولا أصلية بزائدة، ولا يشترط التساوى فى الدقة والغلظ والصغر والكبر والصحة والمرض، لأن اعتبار ذلك يفضى إلى سقوط القصاص بالكلية، **والرابع:** الاشتراك فى الاسم الخاص فلا تؤخذ يمين بيسار ولا يسار بيمـين ولا أصبع بمخالفة لها ولا جفن أو شفة إلا بمثلها، **والخـامس:** إمكان الاستيفاء من غير حيف وهو أن يكون القطع من مفصل، فإن

23- مـسـألة: (وإن قتل وقطع طرفًـا قطع طرفه أولاً ثم قتل لولى الـمقتول سـواء تقدم القتل أو تأخر).

وبهذا قال أبو حنيـفة والشافعى، وقال مالك: يقـتل ولا يقطع، لأنه إذا قتل تلف الطرف فلا فائدة فى القطع فأشبه ما لو كان لواحد.

ولنا: أنهما جنايتان على رجلين فلم تتداخلا كقطع يدى رجلين، وما ذكره من القياس لا يصح، فإنه قد قـال: لو قطع يد رجل ثم قتله المثلة به قطع وقتل ونـحن نوافقه على هذا فى رواية فقد حـصل الإجماع منا ومنه على انتفاء التداخل فى الأصـل فكيف نقيس عليه؟ ولكنه ينقلب دليلاً عليه فنقول قطع وقـتل فيستوفى منه مثل ما فعل كمـا لو فعله برجل واحد يقصد المثلة ويثبت الحكم فى محل النزاع بطريق التنبيه، فإنه إذا لم يتداخل حق الواحد فحق الاثنين أولى ويبطل بهذا ما قاله من المعنى.

فـصل: فأما إن قطع يد رجل ثم قتل آخر ثم سرى القطع إلى نفس المقطوع فمات فهو قاتل لهما، فإذا تشاحا فى المستـوفى لقتل قتل بالذى قتله، لأن وجوب القتل عليه به أسبق، فإن القتل بالذى قطعه إنما وجب عند السراية، وهى متأخرة عند قتل الآخر، وأما القطع، فإن

---

(١٦) تقدم برقم (١٥) المسألة السابقة.

كان من غيـر مفصل فلا قصاص فـيه من موضع القطع بغير خلاف نعلمـه، وقد روى نمر بن جابر عن أبيه أن رجلاً ضـرب رجلاً على ساعده بالسيف فقطعـها من غير مفصل، فـاستعدى عليه النبى ﷺ: فأمـر له بالدية، فقال: إنى أريد القصـاص؟ قال: «خذ الدية بارك الله لك فيها» ولم يقض له بالقصاص: رواه ابن ماجه(١٧).

فصل: وفى قطع اليد ثمان مسائل:

أحدها: قطع الأصابع من مفاصلها فالقصاص واجب، لأن لها مفاصل، ويمكن القصاص من غير حيف، وإن اختار الدية فله نصفها، لأن فى كل أصبع عشر الدية.

قلنا: إنه يستـوفى منه مثل ما فـعل فإنه يقطع له أولاً ثم يقتل للـذى قتله ويجب للأول نصف الدية، وإن قلنا: لا يستوفى القطع وجبت له الدية كـاملة ولم يقطع طرفه ويحتمل أن يجب له القطع على كل حال، لأن القطع إنمـا يدخل فى القتل عند استيفـاء القتل، فإذا تعذر استـيفاء القتل وجب استيفاء الطرف لوجود مقتضيه وعدم المانع من استيفائه كما لو لم يسرف.

فـصل: وإن قطع أصبعًا من يمين لرجل ويمـينًا لآخر، وكان قطع الأصبع أسبق قطعت أصبعـه قصاصًا، وخير الآخـر بين العفو إلى الدية وبين القصاص، وأخـذ دية الأصبع، ذكره القاضى، وهو اخـتيار ابن حـامد ومذهب الشافـعى، لأنه وجد بعض حقـه فكان له استيـفاء الموجود وأخذ بدل المفقود كمن أتلف مثليّـا لرجل فوجد بعض المثل، وقال أبو بكر: يتخير بين القصاص ولا شىء له مـعه وبين الدية، هذا قياس قوله، وهو مـذهب أبى حنيفة، لأنه لا يجمع فى عضو واحـد بين قصاص ودية كالنفس، وإن كان قطع اليد سـابقًا على قطع الأصبع قطعت يمينه قصاصًـا، ولصاحب الأصبع أرشها ويفارق هذا مـا إذا قتل رجلاً ثم قطع يد آخر حيث قدمنا استيفاء القطع مع تأخره، لأن قطع اليد لا يمنع التكافؤ فى النفس بدليل أننا نأخذ كامل الأطراف بناقصها، فإن ديتهـما واحدة، وبعض الأصبع يمنع التكافؤ فى اليد بدليل أنّا لا نأخذ الكاملة بالناقصة واختـلاف ديتهما، وإن عفا صاحب اليد قطعت الأصـبع لصاحبها، إن اختار قطعها.

24- **مـسألة:** (وإن قطع أيدى جماعة فحكمهم حكم القـتل على ما ذكرنا من التفصيل والاختلاف).

إلا أن أصحاب الرأى قالوا: إذا قطع يمينى رجلين يقاد لهما جميعًا، ويغرم لهما دية اليد فى ماله نصفين، وهذا لا يصح لأنه يفضى إلى إيجاب القود فى بعض العضو والدية فى بعضه والجمع بين البدل والمبدل فى محل واحد، ولم يرد الشرع به، ولا نظير له يقاس عليه.

---

(١٧) أخرجه ابن ماجه فى «الديات» (٢/ ح٢٦٣٦/ فتح) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٦٥) من طريق أهثم بن قران: حدثنى نمـران بن جارية به، وإسناده ضعيف جدًا فيه أهثـم بن قران قال: الحافظ فى التقريب «متروك» وعلة ثانية وهو نمران بن جارية قال الحافظ: «مجهول».

الثانية: قطعها من نصف الكف فليس له القصاص من موضع القطع، لأنه ليس بمفصل فلا يؤمن الحيف فيه، وإن أراد قطع الأصابع ففيه وجهان: أحدهما: ليس له ذلك، وهذا اختيار أبى بكر، لأنه يقتص من غير موضع الجناية فلم يجز كما لو كان القطع من الكوع، يحققه أن امتناع قطع الأصابع إذا قطع من الكوع إنما كان لعدم المقتضى أو وجود مانع وأيهما كان فهو متحقق إذا كان القطع من نصف الكف، والثانى: له قطع الأصابع ذكره أصحابنا وهو مذهب الشافعى، لأنه يأخذ دون حقه لعجزه عن استيفاء حقه فأشبه ما لو شجه هاشمة (*) فاستوفى موضحة، ويفارق ما إذا قطع من الكوع، لأنه أمكنه استيفاء حقه فلم يجز له العدول إلى غيره، وهل له حكومة فى نصف الكف؟ فيه وجهان: أحدهما: ليس له ذلك، لأنه يجمع بين القصاص والأرش فى عضو واحد فلم يجز كما لو قطع من الكوع، والثانى: له أرش نصف الكف، لأنه حق له تعذر استيفاؤه فوجب أرشه كسائر ما هذا حاله، وإن اختار الدية فله نصفها، لأن قطع اليد من الكوع لا يوجب أكثر من نصف الدية فما دونه أولى.

الثالثة: قطع من الكوع فله قطع يده من الكوع، لأنه مفصل، وليس له قطع الأصابع، لأنه غير محل الجناية، فلا يستوفى منه مع إمكان الاستيفاء من محلها.

الرابعة: قطع من نصف الذراع، فليس له أن يقطع من ذلك الموضع، لأنه ليس بمفصل، وقد ذكرنا الخبر الوارد فيه فله نصف الدية وحكومة فى المقطوع من الذراع، وهل له أن يقطع من الكوع؟ فيه وجهان كما ذكرنا، فيمن قطع من نصف الكف ومن جوز له القطع من الكوع

باب العفو عن القصاص

أجمع أهل العلم على إجازة العفو عن القصاص، وأنه أفضل، والأصل فى ذلك الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله تعالى فى سياق قوله: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِى الْقَتْلَى﴾ (البقرة: ١٧٨) ﴿فَمَنْ عُفِىَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ وقال تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ (المائدة: ٤٥) الآية، إلى قوله: ﴿فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ﴾ قيل فى تفسيره: فهو كفارة للجانى يعفو صاحب الحق عنه، وقيل: فهو كفارة للعافى بصدقته.

وأما السنة فعن أنس بن مالك قال: ما رأيت رسول الله ﷺ رفع إليه شىء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو، رواه أبو داود[١]، وفى حديثه فى قصة الربيع بنت النضر حين كسرت سن جارية فأمر النبى ﷺ بالقصاص فعفا القوم.

(*) هاشمة: سيأتى تعريفها ومثيلاتها فى باب «ديات الجروح».

(١) أخرجه أبو داود فى «الديات» (٤/ ح٤٤٩٧) وابن ماجه فى «سننه» (٢/ ح٢٦٩٢) وإسناده صحيح.

فعنده فى وجوب الحكومة لما قطع من الذراع وجهان، ويخرج أيضًا فى جواز قطع الأصابع وجهان، فإن قطع منها لم يكن له حكومة فى الكف لأنه أمكنه أخذه قصاصًا فلم يكن له طلب أرشه كما لو كانت الجناية مع الكوع.

الخامسة: قطع من المرفق فلع القصاص منه، لأنه مفصل، وليس له القطع من الكوع لأنه أمكنه استيفاء حقه بكماله والاقتصاص من محل الجناية عليه فلم يجز له العدول إلى غيره وإن عفا إلى الدية فله دية اليد وحكومة للساعد.

السادسة: قطعها من العضد فلا قصاص فيها فى أحد الوجهين وله دية اليد وحكومة للساعد وبعض العضد، والثانى له القصاص من المرفق وهل له حكومة فى الزائد؟ على وجهين وهل له القطع من الكوع؟ يحتمل وجهين.

السابعة: قطع من المنكب فالواجب القصاص لأنه مفصل وإن اختار الدية فله دية اليد وحكومة لما زاد.

الثامنة: خلع عظم المنكب ويقال له مشط الكف فيرجع فيه إلى اثنين من ثقات أهل الخبرة فإن قالوا: يمكن الاستيفاء من غير أن تصير جائفة استوفى وإلا صار الأمر إلى الدية، وفى جواز الاستيفاء من المرفق أو ما دونه مثل ما ذكرنا فى نظائره ومثل هذه المسائل فى الرجل، والساق كالذراع، والفخذ كالعضد، والورك كعظم الكتف، والقدم كالكف.

أ- مسألة: (والواجب بقتل العمد أحد شيئين القصاص أو الدية فى ظاهر المذهب، والخيرة فى ذلك إلى الولى إن شاء اقتص، وإن شاء أخذ الدية، وإن شاء عفا إلى غير شىء، والعفو أفضل لما ذكرنا) .

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى موجب العمد فروى عنه أن موجبه القصاص عينا لقول النبى ﷺ: «من قتل عمدًا فهو قود»(2) ولقوله سبحانه: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ﴾ والمكتوب لا يتخير فيه، ولأنه متلف يجب به البدل فكان معينًا كسائر أبدال المتلفات، وبه قال النخعى ومالك وأبو حنيفة، قالوا: ليس للأولياء إلا القتل إلا أن يصطلحا على الدية برضى الجانى، والمشهور فى المذهب أن الواجب أحد شيئين، وأن الخيرة فى ذلك إلى الولى إن شاء اقتص، وإن شاء أخذ الدية، وإن شاء قتل البعض إذا كان القاتلون جماعة، لأن كل من لهم قتله فلهم العفو عنه المنفرد، ولا يسقط القصاص عن البعض بعفو البعض، لأنهما شخصان فلا يسقط القصاص عن أحدهما بإسقاطه عن الآخر كما لو قتل كل واحد رجلاً، ومتى اختار الأولياء أخذ الدية من القاتل أو من بعض القتلة، فإن لهم هذا متى رضى الجانى، وبهذا قال سعيد بن المسيب وابن سيرين وعطاء ومجاهد والشافعى وإسحاق وأبو ثور

---

(2) أخرجه أبو داود فى كتاب «الديات» (٤/ ح٤٥٣٩) والنسائى فى «القسامة» (٨/ ح٤٨٠٤) وابن ماجه فى «الديات» (٢/ ح٢٦٣٥) وإسناده صحيح.

١٤٤٣- مسألة: قال: **(وليس فى المأمومة ولا فى الجائفة قصاص).**

المأمومة شجـاج الرأس وهى التى تصل إلى جلدة الدماغ وتسمى تلك الجلدة أم الدماغ، لأنها تجمعه، فالشجة الواصلة إليها تسـمى مأمومة وآمة لوصولها إلى أم الدماغ، والجائفة فى البدن وهى التى تصل إلى الجوف، وليس فـيها قصاص عند أحـد من أهل العلم نعلمه إلا ما روى عن ابن الزبير أنه قص من المأمومة فأنكر الناس عليه، وقالوا: ما سمعنا أحدًا قص منها قبل ابن الزبير(١٨)، وممن لم ير فى ذلك قصاصًا مالك والشافعى وأصحاب الرأى وروى عن على ﷺ لا قصاص فى المأمومة(١٩) وقاله مكحول والزهرى والشعبى، وقال عطاء والنخعى لا قصاص فى الجائفة.

وروى ابن ماجه فى سننه عن العباس بن عـبد المطلب عن النبى ﷺ أنه قال: «لا قود فى المأمومـة ولا فى الجائفة ولا فى المنقلة»(٢٠) ولأنهما جرحان لا تؤمن الـزيادة فيهما فلم يجب فيها قصاص ككسر العظام.

فـصـل: وليس فى شىء من شجاج الرأس قصاص سـوى الموضحة وسواء فى ذلك ما دون الموضحة كالحارصة والبازلة والباضعة والمتـلاحمة والسمحاق وما فوقها، وهى الهاشمة والمنقلة والآمـة وبهذا قال الشـافعى، فـأما ما فـوق الموضـحة فلا نعلم أحـدًا أوجب فيـها القـصاص إلا مـا روى عن الزبير أنه أقـاد من المنقلة وليس بثـابت عنه، وممن قـال به عطاء وقتادة وابن شبرمة ومالك والشـافعى وأصحاب الرأى، وقال ابن المنذر: لا أعلم أحدًا خالف

وابن المنذر، وهى رواية عـن مالك لقـول الله تعـالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ (البقرة: ١٧٨) قال ابن عباس: كان فى بنى إسرائيل القصاص ولم يكن فيهم الدية فأنزل الله تعالى هذه الآية: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾ الآية ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ والعـفو أن يقـبل فى العمـد الدية ﴿فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ يتبع الطالب بمعروف ويؤدى إليه المطلوب بإحسان: ﴿ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ﴾ مما كتب على من قبلكم. رواه البخارى(3)، وروى أبو هريرة قال: قام رسول الله ﷺ فقـال: «من قتل له قـتيل فـهو بخـير النظيـرين إما أن يؤدى وإمـا أن يقاد» متفق عليـه(4)، وروى أبو شريح أن النبى ﷺ قال: «ثم أنتم يا خزاعـة قد قتلتم هذا القتيل وأنا

---

(١٨) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفـه» (٩/ ٤٥٩/ ١٢ ١٨٠) وابن أبى شيبة فى «الديات» باب «لا يقاد من جائفة ولا مأمومة ولا منقلة» (٩/ ٢٥٧).

(١٩) أخرجه ابن أبى شيبة فى «الديات» باب «لا يقاد من جائفة ولا مأمومة ولا منقلة» (٩/ ٢٥٥).

(٢٠) أخرجه ابن ماجه فى «الديات» (٢/ ح٢٦٣٧) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٦٥) وإسناده حسن.

(3) أخرجه البخارى فى «تفسيره» (٨/ ح ٤٤٩٨/ فتح) من حديث ابن عباس ﷺ.

(4) أخرجه البخارى فى «الديات» (١٢/ ح٦٨٨٠/ فتح) ومسلم (٢/ حج/ ٤٤٧/ ٩٨٨).

ذلك، ولأنهما جراحتان لا تؤمن الزيادة فيهما أشبـها المأمومة والجائفة وأما ما دون الموضحة فقد روى عن مالك وأصحاب الرأى أن القصاص يجب فى الدامية والباضعة والسمحاق.

ولنا: أنها جراحة لا تنتـهى إلى عظم فلم يجب فيها قصاص كـالمأمومة، ولأنه لا يؤمن فيها الزيادة فأشبه كسر العظام، وبيان ذلك أنه إن اقتص من غير تقدير أفضى إلى أن يأخذ أكثر من حقه، وإن اعتبـر مقدار العمق أفضى إلى أن يقتص من الباضعة والسمـحاق موضحة ومن الباضعة سـمحاقًا، لأنه قد يكون لحم المشجوج كـثيرًا بحيث يكون عمق باضعتـه كموضحة الشاج أو سمحـاقة، ولأننا لم نعتبر فى الموضـحة قدر عمقها فكذلك فى غـيرها، وبهذا قال الحسن وأبو عبيد.

فصل: وإن كانتِ الشجة فوق الموضحة فأحب أن يقتص موضحة جاز ذلك بغير خلاف بين أصحابنا وهو مذهب الشافعى، لأنه يقتص على بعض حقه ويقتص من محل جنايبته، فإنه إنمـا يضع السكين فى مـوضع وضـعهـا الجـانى، لأن سكين الجانـى وصلت إلى العظم ثم تجاوزته بخـلاف قاطع الساعـد، فإنه لم يضع سكينه فى الكـوع، وهل له أرش ما زاد، على الموضحة؟ فيه وجهان: أحدهـما: ليس له ذلك وهو اختيار أبى بكر، لأنه جرح واحد، فلا يجمع فيه بين قصـاص ودية كما لو قطع الشلاء بالصحيحة وكـما فى الأنفس إذا قتل المسلم بالكافر(٢١) والعبد بالحر، **والثانى**: له أرش ما زاد على الموضحة اختاره ابن حامد، وهو مذهب الشـافعى، لأنه تعذر القـصاص فيه فـانتقل إلى البدل كمـا لو قطع أصبعـيه ولم يكن

والله عاقله، فمن قتل بعده قتيلاً فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية» رواه أبو داود وغيـرهم(5) ولأن القتل المضمون إذا سقط فيـه القصاص من غير إبراء ثبت المال، كما لو عفـا بعض الورثة ويخالف سائر المتلفات، لأن بدلهـا يجب من جنسها، وههنا يجب فى الخطأ وعمـد الخطأ من غير الجنس فـإذا رضى فى العمد ببـدل الخطأ كان له ذلك، لأنه أسقط بعض حقه، ولأن القاتل أمكنه إحياء نفســه ببذل الدية فلزمه، وينتقض ما ذكروه بما إذا كان رأس الشـاج أصغر أو يد القـاطع أنقص، فإنهم سلموا فـيهمـا، وأما الخبـر الذى ذكروه فالمراد به وجوب القود ونحن نقول به وللشافعى قولان كالروايتين، فإذا قلنا: موجبة القصاص فله العـفو إلى الديـة والعفـو مطلقًا، فـإذا عـفا مطلقًـا لم يجب شىء، وهذا ظاهر مـذهب الشافعى، وقـال بعضهم: تجب الدية لئلا يطل الدم وليس بشىء، لأنه لو عـفا عن الدية بعد وجوبهـا صح عفـوه فمتى عـفا عن القـصاص مطلقًـا إلى غير مـال لم يجب شىء إذا قلنا: الواجب القصـاص عينًا، فإن عفـا عن الدية لم يصح عفوه لانـها لم تجب وإن قلنا: الواجب أحد شـيئين لا بعينه فـعفا عن القصـاص مطلقًا أو إلى الدية وجبت الدية، لأن الواجب غـير معين، فـإذا ترك أحدهما تعين الآخـر وإن اختار الدية سقط القصـاص ولم يملك طلبه، لأن الواجب أحد شيئين، فـإذا تعين أحدهما سقط الآخر، فإن اختـار القصاص تعين لذلك، فإن

---

(٢١) وفى بعض النسخ: الكافر بالمسلم.

(5) تقدم برقم (1) باب «استيفاء القصاص».

الاستيفاء إلا من واحدة، وفارق الشلاء بالصحيحة لأن الزيادة ثم من حيث المعنى وليست متميزة بخلاف مسألتنا.

١٤٤٤- **مسألة:** قال: (وتقطع الأذن بالأذن).

أجمع أهل العلم على أن الأذن تؤخذ بالأذن وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ﴾ (المائدة: ٤٥) ولأنها تنتهى إلى حد فاصل فأشبهت اليد، وتؤخذ الكبيرة بالصغيرة، وتؤخذ أذن السميع بأذن السميع، وتؤخذ أذن الأصم بكل واحدة منهما لتساويهما، فإن ذهاب السمع نقص فى الرأس، لأنه محله وليس بنقص فيهما، وتؤخذ الصحيحة بالمثقوبة، لأن الثقب ليس بعيب، وإنما يفعل فى العادة للقرط والتزين به، فإن كان الثقب فى غير محله أو كانت مخرومة أخذت بالصحيحة ولم تؤخذ الصحيحة بها، لأن الثقب إذا انخرم صار نقصًا فيها، والثقب فى غير محله عيب، ويخير المجنى عليه بين أخذ الدية إلا قدر النقص وبين أن يقتص فيما سوى المعيب ويتركه من أذن الجانى، وفى وجوب الحكومة له فى قدر الثقب وجهان، وإن قطعت بعض أذنه فله أن يقتص من أذن الجانى، وتقدير ذلك بالأجزاء فيؤخذ النصف بالنصف والثلث بالثلث وعلى حساب ذلك، وقال بعض أصحاب الشافعى: لا يجزى القصاص فى البعض لأنه لا ينتهى إلى حد.

اختار بعد ذلك العفو إلى الدية فله ذلك، ذكره القاضى، لأن القصاص أعلى فكان له الانتقال إلى الأدنى ويكون بدلاً عن القصاص وليست التى وجبت بالقتل كما قلنا فى الرواية الأولى أن الواجب القصاص عينًا، وله العفو إلى الدية، ويحتمل أنه ليس له ذلك، لأنه أسقطها باختياره القود فلم يعد إليها، وعنه أن الواجب القصاص عينًا، وله العفو إلى الدية وإن سخط الجانى لما ذكرنا.

فصل: إذا جنى عبد على حر جناية موجبة للقصاص فاشتراه المجنى عليه بأرش الجناية سقط القصاص، لأن عدوله إلى الشراء اختيار للمال، ولا يصح الشراء، لأنهما إن لم يعرفا قدر الأرش فالثمن مجهول، وإن عرفا عدد الإبل وأسنانها فصفتها مجهول، والجهل بالصفة كالجهل بالذات فى فساد البيع، ولذلك لو باعه شيئًا بحمل جزع غير معروف الصفة لم يصح، فإن قدر الأرش بذهب أو فضة فباعه به صح.

فصل: ومتى كان القصاص لمجنون أو لصغير لم يجز العفو إلى غير مال للولى، لأنه لا يملك إسقاط حقه، وقد ذكرناه.

فصل: ويصح عفو المفلس والمحجور عليه لسفه عن القصاص، لأنه ليس بمال، وإن أراد المفلس القصاص لم يكن لغرمائه إجباره على تركه، وإن أحب العفو عنه إلى مال فله ذلك، لأن فيه حظًا للغرماء وإن أراد العفو إلى غير مال انبنى على الروايتين، إن قلنا: إن الواجب القصاص عينًا فله ذلك، لأنه لم يثبت له مال يتعلق به حق الغرماء، وإن قلنا: الواجب أحد شيئين لم يملكه، لأن المال يجب بقوله: عفوت عن القصاص فقوله: على غير مال إسقاط له بعد وجوبه وتعينه ولا يملك ذلك وهكذا الحكم فى السفيه ووارث المفلس،

ولنا: أنه يمكن تقدير المقطوع، وليس فيها كسر عظم فجرى القصاص فى بعضها كالذكر وبهذا ينتقص ما ذكره.

فـــصـل: وتؤخذ الأذن المستحشـفة بالصحيحة وهل تؤخذ الصحيحـة بها؟ فيه وجهان: **أحـــدهـــمـــا:** لا تؤخذ بها لأنها نـاقصة معيبة فلم تؤخـذ بها الصحيحة كـاليد الشلاء وسائر الأعضاء، والثانى: تؤخذ بها لأن المقصود منها جمع الصوت، وحفظ محل السمع والجمال وهذا يحصل بها كحصوله بالصحيحة بخلاف سائر الأعضاء.

فـــصـل: وإن قطع أذنه فأبانها فألصقـها صاحبها فالتصقت وثـبتت فقال القاضى: يجب القصاص، وهو قول الثورى والشافعى وإسحاق، لأنه وجب بالإبانة وقد وجدت الإبانة، وقال أبو بكر: لا قصاص فيها، وهو قول مـالك، لأنها لم تبين على الدوام، فلم يستحق إبانة أذن الجانى دامًا، وإن سـقطت بعد ذلك قريبًا أو بعـيدًا فله القصاص، ويرده مـا أخذ، وعلى قول أبى بكر إذا لم تسقط له دية الأذن، وهو قول أصحـاب الرأى، وكذلك قول الأولين إذا اختار الدية، وقال مالك: لا عـقل لها إذا عادت مكانها، فأمـا إن قطع بعض أذنه فالتصق فله أرش الجرح ولا قـصاص فيه، وإن قطع أذن إنسـان فاستوفى منـه فألصق الجانى أذنه فالتـصقت، وطلب المجنى عليه إبانتـها لم يكن له ذلك، لأن الإبانة قد حصلت، والقصــاص قد استوفى فلم يبق له قبله حق، فأما إن كان المجنى عليه لم يقطع جميع الإذن إنما قطع بعضها فالتصق كان للمجنى عليه قطع جميعها، لأنه استحق إبانة جميعها، ولم يكن إبانة، والحكم فى السن كالحكم فى الأذن.

وإن عفا المريض على غير مال فذكر القاضى فى موضع أنه يصح سواء خرج من الثلث أو لم يخرج وذكر أن أحمد نص على ذلك وقال فى موضع يعـتبر خروجه من ثلثه ولعله ينبنى على الروايتين فى موجب العمد على ما مضى.

2- **مسألة: (وإن مات القاتل وجبت الدية فى تركته)** .

لأن تعذر اسـتيفاء القـصاص من غيـر إسقاط فوجـبت الدية كقتل غـير المكافئ وإن لم يخلف تركة سقط الحق لتعذر استيفائه.

3- **مـسألة: (وإن قطع أصبعًا عمدًا فعـفا عنه ثم سرت إلى الكف أو النفس وكان العفو على مال فله تمـام الدية، وإن عفا على غـير مال فـلا شيء له على ظاهر كلامه ويحـتمل أن له تمام الدية، وإن عفا مطلقًا انبنى على الروايتين فى موجب العمد)** .

وجـملة ذلك: أنه إذا جنى على إنسان فيما دون النفـس جناية توجب القصاص كالأصبع فعفـا عن القصاص ثم سرت الجناية إلى نفسـه فمات لم يجب القصاص، وبه قـال أبو حنيفة والشافعى، وحكى عن مالك أن القصاص يجب، لأن الجناية صارت نفسًا ولم يعف عنها.

ولنا: أنه يتعذر استيفاء القصاص فى النفس دون مـا عفا عنه فسقط فى النفس كما لو عفا بعض الأولياء، ولأن الجناية إذا لم يكن فيـها قصاص مع إمكانه لم يجب فى سرايتـها كما لو

فصل: ومن ألصق أذنه بعد إبانتها أو سنة فهل تلزمه إبانتها؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين فيما بان من الآدمى هل هو نجس أو طاهر؟ إن قلنا: هو نجس لزمته إزالتها ما لم يخف الضرر بإزالتها كما لو جبر عظمه بعظم نجس، وإن قلنا بطهارتها لم تلزمه إزالتها، وهو اختيار أبى بكر، وقول عطاء بن أبى رباح وعطاء الخراسانى، وهو الصحيح، لأنه جزء آدمى طاهر فى حياته وموته فكان طاهراً كحالة اتصاله، فأما إن قطع بعض أذنه فالتصق لم تلزمه إبانتها، لأنها طاهرة على الروايتين جميعًا لأنها لم تصر ميتة لعدم إبانتها، ولا قصاص فيها، قاله القاضى: وهو مذهب الشافعى، لأنه لا يمكن المماثلة فى المقطوع منها.

١٤٤٥- **مسألة:** قال: (والأنف بالأنف).

وأجمعوا على جريان القصاص فى الأنف أيضًا للآية والمعنى ويؤخذ الكبير بالصغير والأقنى بالأفطس وأنف الأشم بأنف الأخشم الذى لا يشم، لأن ذلك لعلة فى الدماغ والأنف صحيح، كما تؤخذ أذن السميع بأذن الأصم، وإن كان بأنفه جذام أخذ به الأنف الصحيح ما لم يسقط منه شىء، لأن ذلك مرض، فإن سقط منه شىء لم يقطع به الصحيح إلا أن يكون من أحد جانبيه فيأخذ من الصحيح مثل ما بقى منه أو يأخذ أرش ذلك، والذى يجب فيه القصاص أو الدية هو المارن، وهو ما لان منه دون قصبة الأنف، لأن ذلك حد ينتهى إليه فهو

قطع يد مرتد فأسلم ثم مات منها ثم ينظر، فإن كان عفا على مال فله الدية كاملة، وإن عفا على غير مال وجبت الدية إلا أرش الجرح الذى عفا عنه وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: تجب الدية كاملة، لأن الجناية صارت نفسًا وحقه فى النفس لا فيما عفا عنه، وإنما سقط القصاص للشبهة، وإن قال: عفوت عن الجناية لم يجب شىء، لأن الجناية لا تختص بالقطع وقال القاضى: فيما إذا عفا عن القطع ظاهر كلام أحمد أنه لا يجب شىء وبه قال أبو يوسف ومحمد، لأنه قطع غير مضمون فكذلك سرايته.

ولنا: أنها سراية جناية أوجبت الضمان فكانت مضمونة كما لو لم يعف وإنما سقطت ديتها بعفوه عنها فيختص السقوط بما عفا عنه دون غيره والمعفو عنه عشر الدية، لأن الجناية أوجبته، فإذا عفا سقط ما وجب دون ما لم يجب فإذا صارت نفسًا وجب بالسراية ما لم يعف عنه ولم يسقط أرش الجرح إذا لم يعف وإنما تكملت الدية بالسراية.

فصل: فإن الجراح لا قصاص فيه كالجائفة ونحوها فعفا عن القصاص فيه ثم سرى إلى النفس فلوليه القصاص، لأن القصاص لم يجب فى الجرح فلم يصح العفو عنه، وإنما وجب القصاص بعد عفوه، وله العفو عن القصاص، وله كمال الدية، وإن عفا عن دية الجرح صح، وله بعد السراية دية النفس الأرش الجرح، ولا يمتنع وجب القصاص فى النفس مع أنه لا يجب كمال الدية بالعفو عنه كما لو قطع يدا فاندملت واقتص منها ثم انتقضت وسرت إلى النفس، فله القصاص فى النفس، وليس له العفو إلا على نصف الدية، فإن قطع يده من نصف الساعد فعفا عن القصاص ثم سرى فعلى قول أبى بكر لا يسقط القصاص فى النفس،

كاليد يجب القصاص فيما انتهى إلى الكوع، وإن قطع الأنف كله من القصبة فعليه القصاص فى المارن وحكومة للقصبة هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعى، وفيه وجه آخر أنه لا يجب مع القصاص حكومة كى لا يجتمع فى عضو واحد قصاص ودية، وقياس قول أبى بكر أنه لا يجب القصاص هٰهنا، لأنه يضع الحديدة فى غير الموضع الذى وضعها الجانى فيه فلم يملك ذلك كقوله فيمن قطع اليد من نصف الذراع أو الكف.

وذكر القاضى هٰهنا كقول أبى بكر وفى نظائره مثل قول ابن حامد، ولا يصح التفريق مع التساوى، وإن قطع بعض الأنف قدر بالأجزاء وأخذ منه بقدر ذلك كقولنا فى الأذن ولا يؤخذ بالمساحة لئلا يفضى إلى قطع جميع أنف الجانى لصغره ببعض أنف المجنى عليه لكبره، ويؤخذ المنخر الأيمن بالأيمن والأيسر بالإيسر ولا يؤخذ أيمن بأيسر ولا أيسر بأيمن ويؤخذ الحاجز بالحاجز، لأنه يمكن القصاص فيه لانتهائه إلى حد.

١٤٤٦- **مسألة:** قال: (والذكر بالذكر).

لا نعلم بين أهل العلم خلافًا فى أن القصاص يجرى فى الذكر لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ (المائدة: ٤٥) ولأن له حدًا ينتهى إليه ويمكن القصاص فيه من غير حيف فوجب فيه القصاص كالأنف ويستوى فى ذلك الصغير والكبير والشيخ والشاب والذكر الكبير والصغير

لأن القصاص لم يجب، فهو كالجائفة، ومن حوز القصاص من الكوع أسقط القصاص فى النفس كما لو كان القطع من الكوع، وقال المزنى: لا يصح العفو عن دية الجرح قبل اندماله فلو قطع يدًا فعفا عن ديتها وقصاصها ثم اندملت لم تسقط ديتها وسقط قصاصها، لأن القصاص قد وجب فيها فصح العفو عنه بخلاف الدية ولا يصح، لأن دية الجرح إنما وجبت بالجناية إذ هى السبب، ولهذا لو جنى على طرف عبد ثم باعه قبل برئه كان أرش الطرف لبائعه لا لمشتريه، وتأخير المطالبة به لا يلزم منه عدم الوجوب، وامتناع صحة العفو كالدين المؤجل لا يملك المطالبة به، ويصح إسقاطه كذا هٰهنا.

فصل: وإن قطع أصبعًا فعفا المجنى عليه عن القصاص ثم سرت إلى الكف ثم اندمل لم يجب القصاص لما ذكرنا فى النفس، ولأن القصاص فى الأصبع بالعفو فصارت اليد ناقصة لا تؤخذ بها الكاملة ثم إن كان العفو إلى الدية وجبت دية اليد كاملة، وإن كان على غير مال خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا فيما إذا سرت إلى النفس، فعلى هذا يجب ههنا دية الكف إلا دية الأصبع ذكره أبو الخطاب وهو مذهب الشافعى، وقال القاضى: ظاهر كلام أحمد أنه لا يجب شىء، وهو قول أبى يوسف محمد، لأن العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها، وقال القاضى: إن القياس فيما إذا قطع اليد ثم سرى إلى النفس أن يجب نصف الدية فيلزمه أن يقول مثل ذلك ههنا.

فصل: فإن قال: عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح ولم يكن له فى سرايتها قصاص ولا دية فى كلام أحمد.

والصحيح والمريض، لأن ما وجب فيه القصاص من الأطراف لم يختلف بهذه المعانى كذلك الذكر ويؤخذ كل واحـد من المختون والأغلف بصاحـبه لأن الغلفة زيادة تستحق إزالتـها فهى كالمعدومة.

وأما ذكر الخصى والعنين فذكر الشريف أن غيرهما لا يؤخذ بهما، وهو قول مالك، لأنه لا منفعة فيهـما، لأن العنين لا يطأ ولا ينزل والخصى لا يولد له ولا ينزل ولا يكاد يقدر على الوطء فهما كالأشل، ولأن كل واحد منهما ناقص فلا يؤخذ به الكامل كاليد الناقصة بالكاملة، وقال أبو الخطاب: يؤخـذ غيرهمـا بهما فى أحـد الوجهين، وهو مـذهب الشافعى، لأنهـما عضوان صحيحان ينقضان وينبسطان فيؤخذ بهـما غيرهما كذكر الفحل غير العنين، وإنما عدم الإنزال لذهاب الخصيـة والعنة لعلة فى الظهر فلم يمنع ذلك من القصاص بهـما كأذن الأصم وأنف الأخشم، وقال القـاضى: لا يؤخذ ذكر الفحل بالخصى لتحـقق نقصه والإياس من برئه وفى أخذه بذكر العنين وجهان:

أحـدهـمـا: يؤخذ به غيـره، لأنه غير مأيوس من زوال عنتـه ولذلك يؤجل سنة بخلاف الخـصى، والصحـيح الأول، فإذا ترددت الحـال بين كونه مـساويًا للآخـر وعدمـه لم يجب القصاص، لأن الأصل عدمه فـلا يجب بالشك سيما وقد حكمنا بانتفاء التـساوى لقيام الدليل على عنته وثبوت عيبه ويؤخذ كل واحد من الخصى والعنين بمـثله لتساويهما كما يؤخذ العبد بالعبد والذمى بالذمى.

4- **مـسـألة:** (وإن قال الجـانى: عفوت مطلقًـا أو عفوت عنهـا وعن سرايتهـا قال: بل عفوت إلى مال أو عفوت عنها دون سرايتهـا فالقول قول المجنى عليه أو وليه إن كان الخلاف معه).

لأن الأصل عدم العفو عن الجميع، وقد ثبت العـفو عن البعض بإقراره فيكون القول فى عدم سواه قوله.

5- **مسألة:** وإن قتل الجانى عمداً فلوليه القصاص أو الدية كاملة، وقال القاضى: له إذا قطع يده فعفا عنه ثم عـاد الجانى فقتل الباقى فلوليه القصـاص، وهو ظاهر مذهب الشافعى، وقال بعضهم: لا قصاص، لأن العفو حـصل عن بعضه، فلا يقتل به كما لو سرى القطع إلى نفسه.

ولنا: أن القتل انفـرد عن القطع فعـفوه عن القطع لا يمنع مـا وجب بالقتل كمـا لو كان القاطع غيره وإن اخـتار الدية فقال القاضى: إن كان العفو عـن الطرف إلى غير دية فله بالقتل نصف الدية، وهو ظاهر مـذهب الشافـعى، لأن القـتل إذا تعقب الجناية قـبل الاندمال كـان كالسـراية، ولذلك لو لم يعف لم يجب أكثر من دية، والقطـع يدخل فى القتل فى الدية دون القصـاص، ولذلك لو أراد القصـاص كان له أن يقطع ثم يـقتل ولو صار الأمـر إلى الدية لم

فصل: ويؤخذ بعضه ببعضه ويعتبر ذلك بالأجزاء دون المساحة فيؤخذ النصف بالنصف والربع بالربع وما زاد أو نقص فبحسب ذلك على ما ذكرناه فى الأنف والأذن.

١٤٤٧- **مسألة:** قال: **(والأنثيان بالأنثيين)**.

ويجرى القصاص فى الأنثـيين لما ذكرنا من النص والمعنى لا نعلم فيـه خلافًا، فإن قطع إحداهما، وقـال أهل الخبرة إنه ممكن أخـذها مع سلامة الأخرى جـاز، فإن قالوا: لا يؤمن تلف الأخرى لم تؤخذ خشية الحيف، ويكون فيها نصف الدية، وإن أمن تلف الأخرى أخذت اليمنى باليمنى واليسرى باليسرى لما ذكرناه فى غيرهما.

فصل: وفى القصاص فى شفرى المرأة وجهان: أحدهما: لا قصاص فيهما لأنه لحم لا مفصل له ينتهى إليه فلم يجب فيه قصاص كلحم الفخذين، هذا قول القاضى، **والثانى:** فيهما القصاص، لأن انتـهاءهما معـروف فأشبها الشـفتين وجفنى العـين، وهذا قول أبى الخطاب، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين.

يجب إلا دية واحدة، وقال أبو الـخطاب: له العفو إلى دية كاملة، وهو قـول بعض أصحاب الشافعى، لأن القطع منفرد عن القتل فلم يدخل حكم أحدهما فى الآخر كما لو اندمل، ولأن القتل مـوجوب للقتل فأوجب الـدية كاملة كما لو لم يتـقدمه عـفو، وفارق السراية فـإنها لم توجب قتلاً، ولأن السراية عفى عن سببـها والقتل لم يعف عنه شىء منه ولا عن سببه وسواء فيما ذكرنا كان العافى عن الحرج أخذ دية طرفه أو لم يأخذها.

6- **مسألة: (وإذا وكل رجلاً فى القصاص ثم عفا ولم يعلم الوكيل حتى اقتص فلا شىء عليه وهل يضمن العافى؟ يحتمل وجهـين، ويتخرج أن يضمن الوكيل ويرجع به على الموكل فى أحـد الوجهـين، لأنه غره، والآخـر: لا يرجع به، ويكون الواجب حـالاً فى ماله، وقـال أبو الخطاب: يكون على عاقلته)**.

إذا وكل من يستوفى القـصاص صح، نص عليه أحمد، فإن وكله ثم غـاب وعفا الموكل عن القـصاص واستـوفى الوكيل نـظرنا، فإن كـان عفوه بعـد القتل لـم يصح، لأن حقـه قد استوفى، وإن كان قبله وقد علم الوكيل به فقد قـتله ظلمًا فعليه القود كما لو قتله ابتداء، وإن كان قتله قـبل العلم بعفو الموكل فـقال أبو بكر: لا ضمان على الوكيـل، فإنه لا تفريط منه، فإن العفو حصل على وجه لا يمكن استدراكه فلم يلزمه ضمان كما لو عفا بعد ما رماه، وهل يلزم الموكل الضمان؟ فيه قولان: **أحدهما:** لا ضمان عليه، لأن عفوه لم يصح لما ذكرنا من حصوله فى حال لا يمكنه استدراك الفعل فوقع القتل مستحقًا له فلم يلزمه ضمان، ولأن العفو إحسان فلا يقتضى وجوب الضمان، **والثانى:** عليه الضمان، لأن قتل المعفو عنه حصل بأمره وتسليطه على وجه لا ذنب للمباشـر فيه فكان الضمان على الآمر كما لو أمـر عبده الأعجمى بقتل معصوم، وقال غير أبى بكر: يخرج فى صحة العفو وجهان بناء على الروايتين وهل تعزل

فصل: وإن قطع ذكر خنثى مشكل أو أنثيه أو شفريه فاختار القصاص لم يكن له قصاص في الحال، ويقف الأمر حتى يتبين حـاله، لأننا لا نعلم أن المقطوع عضو أصلي، وإن اختار الدية وكان يرجى انكشـاف حاله أعطيناه اليقـين فيكون له حكومة في المقطـوع، وإن كان قد قطع جميـعها فله دية امرأة في الشـفرين وحكومة في الذكر والأنثيـين، وإن يئس من انكشاف حاله أعطي نصف دية الذكر والأنثيين ونصف دية الشفرين وحكومة في نصف ذلك كله.

فـصل: يجب القصاص في الأليتين الناتئتـين بين الفخذين والظهر بجانبي الدبر، وهذا ظاهر مذهب الشافعي، وقال المـزني: لا قصاص فيهما لأنهما لحم مـتصل بلحم فأشبه لحم الفخذ.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ (المائدة: ٤٥) ولأن لهما حدّا ينتهيان إليه فجرى القصاص فيهما كالذكر والأنثيين.

بعزل المـوكل قبل علمه أو لا؟ وللشافـعي قولان كالوجـهين، فإن قلنا: لا يصح العفـو فلا ضمان على أحد، لأنه قتل مـن يجب قتله بأمر مستحقه، وإن قلنا: يصح العـفو فلا قصاص فيه، لأن الوكيل قتل من يعتقد إباحة قتله بسبب هو معذور فيه فأشبه ما لو قتل في دار الحرب من يعتقده حربيّا وتجب الدية على الوكـيل، لأنه لو علم لوجب عليه القصاص، فإذا لم يعلم تعلق به الضمـان كما لـو قتل مرتدّا قـبل علمه بإسلامـه ويرجع بها على المـوكل، لأنه غره بتسليطه على القتل وتفريطـه في ترك إعلامه بالعفو فيرجع عليه كـالغار في النكاح بحرية أمة، ويحتـمل أن لا يرجع عليه، لأن العـفو إحـسان منه فلا يقـتضي الرجـوع عليه بخـلاف الغار بالحرية، فعلى هذا تكون الدية في مال الوكيل اختاره القاضي وتكون حالة، لأنه متعمد للقتل لكونه قصده، وإنمـا سقط عنه القصاص لمـعنى آخر، فهو كقـتل الأب، وقال أبو الخطاب: تكون على عاقلته، لأنه أجـرى مجرى الخطأ فأشبـه ما لو قتل في دار الحرب مسلمًا يعـتقده حربيّا، وهذا ظاهر كلام الخرقي، لأنه ليس بعمد محض، ولهذا لم يجب به القصاص فيكون عمدًا لخطأ فـتحمله العاقلة، وهذا اختيـار شيخنا، وقد دل على ذلك خبـر المرأة التي قتلت جارتها وجنينها بمسطح فقضى النبي ﷺ بالدية على عاقلتها (6)، فعلى قول القاضي إن كان الموكـل عفا إلى الديـة فله الدية في تركة الجـاني لورثة الجاني مطالبـة الوكيل بديتـه وليس للموكل مطالبة الوكيل بشيء، **فإن قيل:** فلم قلتم فيما إذا كان القصاص لأخوين فقتله أحدهما فعليه نصف الدية، ولأخيه مطالبته به في وجه؟ **قلنا:** ثم أتلف حقه فرجع ببدله عليه، وههنا أتلفه بعد سقـوط حق الموكل عنه فافترقا، وإن قلنا: إن الوكـيل يرجع عل الموكل احتمل أن يسقط الديتان، لأنه لا فائدة في أن يأخذها الورثة من الوكيل ثم يدفعوها إلى الموكل ثم يردها

(6) أخرجـه أبو داود في «الديات» (٤/ ح٤٥٧٤) والنسـائي في «القسـامة» (٨/ ح٧٤٥٣) وابن مـاجه في «سننه» (٢/ ح٢٦٤١) وإسناده صحيح.

١٤٤٨- **مسألة:** قال: (وتقلع العين بالعين).

أجمع أهل العلم على القصاص فى العين وممن بلغنا قوله فى ذلك مسروق والحسن وابن سيرين والشعبى والنخعى والزهرى والثورى ومالك والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وروى عن على ﷺ والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ (المائدة: ٤٥) ولأنها تنتهى إلى مفصل فجرى القصاص فيها كاليد وتؤخذ عين الشاب بعين الكبير[٢٢] المريضة وعين الصغير بعين الكبير والأعمش ولا تؤخذ صحيحة بقائمة، لأنه يأخذ أكثر من حقه.

فصل: فإن قلع عينه بأصبعه لم يجز أن يقتص بأصبعه، لأنه لا يمكن المماثلة فيه وإن لطمه فذهب ضوء عينه لم يجز أن يقتص منه باللطمة لأن المماثلة فيها غير ممكنة ولهذا لو انفردت من إذهاب الضوء لم يجب فيها القصاص فى البصر فيعالج بما يذهب ببصره من غير أن يقلع عينه، كما روى يحيى بن جعدة أن أعرابيًا قدم بحلوبة له إلى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان بن عفان ﷺ فنازعه فلطمه ففقأ عينه، فقال له عثمان: هل لك أن أضعف لك الدية وتعفو عنه؟ فأبى فرفعهما إلى على ﷺ فدعا على بمرآة فأحماها ثم وضع القطن على عينه الأخرى ثم أخذ المرآة بكلبتين فأدناها من عينه حتى سأل إنسان عينه، وإن وضع فيها كافورًا يذهب بضوئها من غير أن يجنى على الحدقة جاز، وإن لم يمكن إلا بالجناية على العضو سقط القصاص لتعذر المماثلة.

إلى الوكيل فيكون تكليفًا لكل واحد منهم بغير فائدة، ويحتمل أن يجب ذلك، لأن الدية الواجبة فى ذمة الوكيل لغيره للوكيل الرجوع عليه، وإنما يتساقط الديتان إذا كان لكل واحد من الغريمين على صاحبه مثل ما له عليه، ولأنه قد يكون الديتان مختلفتين بأن يكون أحد المقتولين رجلاً والآخر امرأة، فعل هذا يأخذ ورثة الجانى ديته من الوكيل، ويدفعون إلى الموكل دية وليه ثم يرد الموكل إلى الوكيل قد ما غرمه، وإن أحال ورثة الجانى على الوكيل صح، فإن كان الجانى أقل دية مثل أن يكون امرأة قتلت رجلاً فقتلها الوكيل فلورثتها إحالة الموكل بديتها، لأنه القدر الواجب لهم على الوكيل فيسقط عن الوكيل والموكل جميعًا ويرجع على ورثتها بنصف دية وليه وإن كان الجانى رجلاً قتل امرأة فقتله الوكيل فلورثة الجانى إحالة الموكل بدية المرأة، لأن الموكل لا يستحق عليهم أكثر من ديتها ويطالبون الوكيل بنصف دية الجانى ثم يرجع به على الموكل.

7- **مسألة:** (وإن عفا قاتله بعد الجرح صح وسواء عفا بلفظ العفو أو الوصية).

لأن الحق له فصح العفو عنه كما له، وممن قال بصحة عفو المجروح عن دمه مالك وطاوس والحسن وقتادة والأوزاعى، فإن قال: عفوت عن الجناية وما يحدث منها، ولم يكن له فى سرايتها قصاص ولا دية فى كلام أحمد، وقال أصحاب الشافعى: إذا قال: عفوت عن

---

(٢٢) وفى بعض النسخ: الشيخ.

وذكر القاضى أنه يقـتص منه باللطمة فيلطمه المـجنى عليه مثل لطمتـه، فإن ذهب ضوء عينه وإلا كـان له أن يذهبه بمـا ذكرنا وهذا مذهب الشـافعى، وهذا لا يصح، فـإن اللطمة لا يقتص منها منفردة فلا يقتص منها إذا سرت إلى العين كالشجة إن كانت دون الموضحة، ولأن اللطمة إذا لم تكن فى العين لا يقـتص منها بمثلها مع الأمن من إفساد العـضو فى العين فمع خوف ذلك أولى، ولأنه قصاص فيما دون النفس فلم يجز بغير الآلة المعدة كالموضحة، وقال القاضى: لا يجب القـصاص إلا أن تكون اللطمة تذهب بذلك غالبًـا، فإن كانت لا تذهب به غالبًا فذهب فهو شبه عمد لا قصاص فيه، وهو قول الشافعى، لأنه فعل لا يفضى إلى الفوات غالبًا فلم يجب به القصاص كشبه العمد فى النفس، وقال أبو بكر: يجب القصاص بكل حال لعموم قوله: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ (المائدة: ٤٥) ولأن اللطمة إذا أسألت إنسان العين كانت بمنزلة الجرح ولا يعتبر فى الجرح الإفضاء إلى التلف غالبًا.

فـصل: فلو لطم عينه فذهب بصرها وابيضت وشخصت، فإن أمكن معالجة عين الجانى حتى يذهب بصرها وتبيض وتشخص من غير جناية على الحدقة فعل ذلك، وإن لم يمكن إلا ذهاب بعض ذلك مثل أن يذهب البصر دون أن تبيض وتشـخص فعليه حكومة للذى لم يمكن

الجناية وما يحدث منها فـفيه قولان: **أحـدهمـا:** أنه وصية فينبنى على الوصـية للقاتل وفيه قولان: **أحدهـما:** لا يصح فتجب دية النفس إلا دية الجرح، **والثـانى:** يصح فإن خرج من الثلث سقطت وإلا سقط منها بقدر الثلث ووجب الباقى، **والقول الـثانى:** ليس بوصية، لأنه إسقاط فى الحياة فلم يصح ويلزمه دية النفس إلا دية الجرح.

ولنا: أنه أسقط حقه بعد انعقاد سببه فـسقط كما لو أسقط الشفعة بعد البيع، إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يخرج من الثلث أو لا يخرج، لأن موجب العمد القود فى إحدى الروايتين أو أحد شيئـين فى الرواية الأخرى فما تعينت الدية ولا تعينت الوصيـة بمال، ولذلك صح العفو من المفلس إلى غير مال، وأما جناية الخطأ فإذا عفا عنها وعما يحدث منها اعتبر خروجها من الثلث سواء عـفا بلفظ العفو أو الوصـية أو الإبراء أو غير ذلك، فـإن خرجت من الثلث صح عفوه عن الجـميع، وإن لم تخرج من الثلث سقط عنه من ديتـها ما احتملـه الثلث وبهذا قال مالك والثورى وأصـحاب الرأى، ونحوه قال عـمر بن عبد العـزيز والأوزاعى وإسحاق، لأن الوصية هـهنا بمال.

8- **مـسألة:** (وإن أبرأه من الدية أو وصى له بها فهى وصية تصح لقاتل؟ على روايتين).

أحدهما: تصح لكونها له، لأنها بدل عنه، وتعتبر من الثلث كبقية أمواله، هكذا ذكره فى كتاب المقنع، ولم يفرق بين العمد والخطأ، والذى ذكره فى كتاب المغنى ما ذكر فى التى قبل هذه المسألة.

9- **مـسـألة:** (ولا يحتمل أن يصح عفوه عن المال ولا وصـية به لقاتل ولا غيره إذا قلنا:

القصاص فيه كـما لو جرح هاشمة فإنه يقتص موضحـة ويأخذ أرش باقى جرحه، وعلى قول أبى بكر: لا يستحق مع القصاص أرش.

وقال القـاضى: إذا اقتص منه يعنى لطمـه مثل لطمتـه فذهب ضوء عـينه ولم تبيض ولم تشخص، فإن أمكن مـعالجتها حتى تبـيض وتشخص من غير ذهاب الحدقـة فعله، وإن تعذر ذلك فلا شىء عليه، كمـا لو اندملت موضحة المجنى عليـه وحشة قبيحة ومـوضحة الجانى حسنة جميلة لم يجب شىء كذلك هـهنا، وهذا بناه على أن اللطمـة حصل بها القصاص كما حصل بجرح الموضحة وقد بينا فساد هذا.

فـصل: وإن شجه شجة دون الموضحة فأذهب ضـوء عينه لم يقتص منه مثل شجته بغير خلاف نعـلمه، لأنها لا قصاص فيها إذا لم يذهب ضوء العين فكذلك إذا ذهب ويعالج ضوء العين بمثل ما ذكرنا فى اللطمة، وإن كانت الشجة فوق الموضحة فله أن يقتص موضحة وهل له أرش الزيادة عليها؟ فيه وجهان، وإن ذهب ضوء العين وإلا استعمل فيه ما يزيله من غير أن يجنى على الحدقة، وإن شـجه موضح فله أن يقتص منها وحكم القصـاص فى البصر على ما ذكرنا من قبل، واختلف أصحاب الشافعى فى القصاص فى البصر فى هذه المواضع كلها فقال بعضهم: لا قصاص فيه لأنه لا يجب بالسراية كمـا لو قطع أصبعه فسرى القطع إلى التى تليها فأذهبهـا عندهم وقال بعضهم: يجب القـصاص هـهنا قولاً واحدًا، لأن ضـوء العين لا تمكن مباشرته بالجناية فيقتص منه بالسراية كالنفس فيقتص من البصر كما ذكرنا فيما قبل هذا.

فصل: إذا قلع الأعور عين صحيح فلا قود وعليه دية كاملة، روى ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما(٢٣)، وبه قال سعيـد بن المسيب وعطاء، وقال الحسن والنخـعى: إن شاء اقتص وأعطاه نصف دية، وقال مالك: إن شاء اقتص وإن شاء أخذ دية كاملة.

إنه يحـدث على ملك الورثة، لأنه يكون مـال غـيره فلم يكن له الـتصـرف فيـه كـسائر أمـوال الورثة).

مـسألة: (وإن أبرأ القاتل من الدية الواجبة على عاقلته أو العبد من الجناية المتعلق أرشها برقبته لم يصح).

لأنه أبرأ من حق على غيره أشبه مـا لو أبرأ زيدًا من دين على عمرو، وإن أبرأ العاقلة أو السيد صح، لأنه أبرأهما من حق عليهما فصح كالدين الواجب عليهما.

١٠- مـسـألة: (وإن وجب لعبـد قصـاص فى الطرف أو جرح أو تعزير قـذف فله طلب العفو عنه).

لأنه مختص به وليس ذلك لسيده لأنه ليس يحق له إلا أن يمـوت العبد، فإذا مات العبد انتقل عنه إلى السيد وصح عفوه عنه.

---

(٢٣) أخرجه ابن أبى شيبة كما فى «الإرواء» (١١/ ١١/ ٢) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٩٤) وسنده صحيح.

وقال مسروق والشعبى وابن سيرين وابن مغفل والثورى والشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر: له القصاص ولا شىء عليه، وإن عفا فله نصف الدية لقول الله تعالى: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ (المائدة: ٤٥) وجعل النبى ﷺ فى العينين الدية(٢٤)، ولأنها إحدى شيئين فيهما الدية فوجب القصاص ممن له واحدة أو نصف الدية كما لو قطع الأقطع يد من له يدان.

ولنا: قول عمر رضي الله عنه ولم نعرف لهما مخالفًا فى عصرهما، ولأنه لم يذهب بجميع بصره فلم يجز له الاقتصاص منه بجميع بصره كما لو كان ذا عينين، وأما إذا قطع يد الأقطع فلنا فيه منع، ومع التسليم فالفرق بينهما أن يد الأقطع لا تقوم مقام اليدين فى النفع الحاصل بهما بخلاف عين الأعور فإن النفع الحاصل بالعينين حاصل بها وكل حكم يتعلق بصحيح العينين يثبت فى الأعور مثله ولهذا صح عتقه فى الكفارة دون الأقطع، فأما وجوب الدية كاملة عليه وهو قول مالك فلأنه لما دفع عنه القصاص مع إمكانه لفضيلته ضوعفت الدية عليه كالمسلم إذا قتل ذميًا عمدًا ولو قلع الأعور إحدى عينى الصحيح خطأ لم يلزمه إلا نصف الدية بغير اختلاف لعدم المعنى المقتضى لتضعيف الدية.

باب ما يوجب القصاص فيما دون النفس

كل من أقيد بغيره فى النفس أقيد به فيما دونها ومن لا فلا، لأن النفس أعلى فإذا أقيد فى الأعلى ففى الأدنى بطريق الأولى، وعنه لا قصاص بين العبيد فى الأطراف، لأنها أموال، وقد ذكرناه، والمذهب الأول، ومن لا يجرى القصاص بينهما فى النفس لا يجرى بينهما فى الطرف كالأب مع ابنه والحر مع العبد والمسلم مع الكافر، فلا يقطع طرفه بطرفه لعدم المكافأة فيقطع الحر المسلم بالحر المسلم والعبد بالعبد والذمى بالذمى والذكر بالأنثى والأنثى بالذكر، ويقطع الناقص بالكامل كالعبد بالحر والكافر بالمسلم، وبهذا قال مالك والثورى والشافعى وأبو ثور وإسحاق وابن المنذر، وقال أبو حنيفة: لا قصاص فى الطرف بين مختلفى

---

(٢٤) أخرجه النسائى فى «القسامة» (٨/ ٤٨٦٨) والدارمى فى «الديات» (٢/ ح٢٣٦٦) من طريق الحكم ابن موسى ثنا يحيى بن حمزة عن سليمان بن داود حدثنى الزهرى عن أبى بكر بن حزم... به. ثم أخرجه النسائى أيضًا فى (٨/ ح٤٨٦٩) من طريق محمد بن بكار بن بلال قال: حدثنا يحيى قال: حدثنا سليمان بن أرقم قال: حدثنى الزهرى عن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه... به وقال: وهذا أشبه بالصواب، والله أعلم، وسليمان بن أرقم متروك الحديث، وقد روى هذا الحديث يونس عن الزهرى مرسلاً.

قلت: يريد النسائى أن يقول الحكم بن موسى أخطأ على يحيى بن حمزة فى قوله: «سليمان بن داود» والصحيح قول ابن بكار عنه: «سليمان بن أرقم». اهـ.

وقد علمت أن سليمان بن أرقم «متروك» الحديث كما أخبر النسائى، والصواب هو أن الحديث مرسل وإسناده مرسل صحيح، والله أعلم.

فـصل: ولو قلع الأعور عين مثله ففيه القصـاص بغير خلاف لتساويهما من كل وجه إذا كانت العين مـثل العين فى كونها يمينًا أو يسـارًا، وإن عفا إلى الدية فله جميعـها وكذلك إن قلعها خطأ أو عـفا بعض مستـحقى القصاص لأنه ذهب بجمـيع بصره فأشبه مـا لو قلع عينى صحيح.

فـصل: وإن قلع الأعور عينى صحيح فقال القاضى: هو مخير، إن شاء اقتص ولا شىء له سوى ذلك لأنه قد أخـذ جميع بصره، فإن اختـار الدية فله دية واحدة لقول النبى ﷺ: «وفى العـينين الدية» لأنه لم يتـعذر القـصاص فلم تـتـضاعـف الدية. كمـا لو قطع الأشل يد صحيح أو كان رأس الشاج أصغر أو يد القاطع أنقص، وقـال القاضى: يقتضى الفقه أن يلزمه ديتان إحـداهما: للعين التى تقـابل عينه، والدية الثانية، لأجـل العين الناتئة لأنها عـين أعور والصحيح ما قلنا، وهو قول أكثر أهل العلم وأشد موافقة للنصوص وأصح فى المعنى.

البدل فلا يقطع الكامل بالناقص ولا الناقص بالكامل ولا الرجل بالمرأة ولا المرأة بالرجل ولا الحر بالعبـد ولا العبد بالحر ولا العبـد بالعبد، ويقطع المسلم بالكافـر والكافر بالمسلم، لأن التكافؤ معتـبر فى الأطراف بدليل أن الصحيحة لا تؤخذ بالشـلاء ولا الكاملة بالناقصة فلذا لا يؤخذ طرف الرجل بطرف المرأة ولا طرفها بطرفه كما لا تؤخذ اليسرى باليمنى.

ولنا: أن من جرى القـصاص بينهـما فى النفس جرى فى الـطرف كالحرين، ومـا ذكروه يبطل بالقصاص فى النفس، فإن التكافؤ معتبـر بدليل أن المسلم لا يقتل بمستأمن ثم يلزمه أن يأخذ الناقصة بالكاملة، لأن المماثلة قد وجدت وزيادة، فوجب أخذها بها إذا رضى المستحق كمـا تؤخذ ناقصـة الأصابع بكاملة الأصابع، وأمـا اليسار واليـمنى فيجـريان مجرى النفـسين لاختلاف محليهما ولـهذا يستوى بدلهما، فعلم أنها ليست بناقصة عنها شـرعًا ولا العلة فيهما ذلك.

أ- مـسـألة: (ولا يجب إلا بمثل الموجب فى النفس وهو العمـد المحض كما لا يجب فى النفس إلا بذلك ووجـوب القـصاص فـيـما دون النفس والأطـراف إذا أمكن ثابت بالنص والإجماع).

أما النص فقول الله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ (المـائدة: ٤٥) وقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ (المائدة: ٤٥) الآية، وروى أنس بن مالك أن الربيع بنت النضر كسرت ثنيـة جارية فعرضوا عليهم الأرش فأبوا إلا القصـاص فجاء أخوها أنس بن النضر فقال: يا رسـول الله نكسر ثنية الربيع؟ والذى بعثك بالحق لا تكسر ثنيتـها، فقال النبى ﷺ: «يا أنس كتاب الله القصاص» قال فعـفا القوم فقال النبى ﷺ: «إن من عباد الله من لو أقسم الله لأبره» متفق عليه(أ)، وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس إذا

(أ) متفق عليه وتقدم برقم (١٥) مسألة رقم (١٤٤١) من المغنى.

فصل: وإن قلع صحيح العينين عين أعور فله القصاص من مثلها ويأخذ نصف الدية، نص عليه أحمد، لأنه ذهب بجميع بصره وأذهب الضوء الذى بدله دية كاملة وقد تعذر استيفاء جميع الضوء إذ لا يمكن أخذ عينين بعين واحدة، ولا أخذ يمين بيسرى فوجب الرجوع ببدل نصف الضوء، ويحتمل أنه ليس له إلا القصاص من غير زيادة أو العفو على الدية كما لو قطع الأشل يداً صحيحة، ولأن الزيادة ههنا غير متميزة فلم يكن لها بدل كزيادة الصحيحة على الشلاء هذا مع عموم قوله تعالى: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾.

فصل: وإن قطع الأقطع يد من له يدان فعليه القصاص، وإن قطعت رجل الأقطع أو يده فله القصاص أو نصف الدية، لأن يد الأقطع لا تقوم مقام يديه فى الانتفاع والبطش ولا يجزئ فى العتق عن الكفارة بخلاف عين الأعور، فإنها تقوم مقام عينيه جميعًا، وقال القاضى: إن كانت المقطوعة أو لا قطعت ظلمًا أو قصاصًا ففى الباقية نصف الدية رواية واحدة، وإن كانت الأولى قطعت فى سبيل الله ففى الثانية روايتان: **إحداهما:** نصف الدية، **والثانية:** دية كاملة،

أمكن، ولأن ما دون النفس كالنفس فى الحاجة إلى حفظه بالقصاص فكان كالنفس فى وجوبه.

فصل: فأما الخطأ فلا قصاص فيه إجماعًا، لأنه لا يوجب القصاص فى النفس وهى الأصل ففيما دونها أولى ولا يجب فى شبه العمد وهو أن يقصد ضربه بما لا يفضى إلى ذلك غالبًا مثل أن يضربه بحصاة لا يوضح مثلها فتوضحه، فلا يجب به القصاص لأنه شبه عمد ولا يجب القصاص إلا بالعمد المحض، وقال أبو بكر: يجب به القصاص ولا يراعى فيه ذلك لعموم الآية والصحيح الأول، والآية مخصوصة بالخطأ، فكذلك هذا، ولأنه لا يجب به القصاص فى النفس فكذلك الجراح.

2- **مسألة:** وهو نوعان: أحدهما: الأطراف فتؤخذ العين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجفن بالجفن والشفة بالشفة واليد باليد والرجل بالرجل.

أجمع أهل العلم على جريان القصاص فى الأطراف، وقد ثبت ذلك بالآية وبخبر الربيع الذى ذكرناه.

3- **مسألة:** (ويشترط للقصاص فى الطرف ثلاثة شروط).

أحدهما: أن يكون القطع من مفصل أوله حد ينتهى إليه كمارن الأنف وهو ما لان منه، فإن قطع القصبة أو قطع من نصف الساعد أو الساق فلا قصاص فى أحد الوجهين، وفى الآخر يقتص من حد المارن ومن الكوع والكعب، وهل يجب له أرش الباقى؟ على وجهين.

أجمعوا على جريان القصاص فى الأنف للآية والمعنى ويؤخذ الكبير بالصغير والأقنى بالأفطس وأنف الأشم بأنف الأخشم الذى لا شم له لأن ذلك لعلة فى الدماغ والأنف صحيح كما تؤخذ أذن السميع بأذن الأصم، فإن كان بأنفه جذام أخذ به الأنف الصحيح ما لم يسقط

لأنه عطل منافعه من العضوين جملة، وأما إن قطع الأقطع يد من ليس بأقطع فإن قلنا: إن فى يد الأقطع دية كاملة فلا قصاص، وإن قلنا: لا تكمل فيها الدية فالقصاص واجب فيها واللائق بالفقه ما ذكرناه أولاً والتـعليل بتفويت منفعة العضوين ينتقـض بما إذا قطعت الأولى قصاصًا، والقياس على عـين الأعور غير صحـيح لما بينهما من الفرق، فـأما إن قطعت أذن من قطعت إحـدى أذنيه فليس له إلا نصف الدية روايـة واحدة، وإن قطع هو أذن ذى أذنين وجب عليـه القـصاص بغـيـر خلاف علـمناه لا فى المذهـب ولا فى غيـره، لأنه نفع كل أذن لا يتـعلق بالأخرى.

فـصل: ويؤخذ الجفن بالجفن، لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ (المائدة: ٤٥) ولأنه يمكن القصـاص فيه لانتهائه إلى مـفصل وهذا مذهب الشافـعى، ويؤخذ جفن البصـير بجفن البصير والضرير وجفن الضرير بكل واحد منهـما، لأنهما تساويا فى السلامة من النقص وعدم البصر نقص فى غيره، لأنه يمنع أخذ أحدهما بالآخر كالأذن إذا عدم السمع منها.

١٤٤٩- **مسألة:** قال: (والسن بالسن).

أجمـع أهل العلم على القصـاص فى السن للآية وحديث الـربيع، ولأن القصـاص فيـها ممكن لأنها محـدودة فى نفسها فوجب فيها القـصاص كالعين، وتؤخذ الصحيحـة بالصحيحة وتؤخذ المكسورة بالصحـيحة لأنه يأخذ بعض حقه وهل يأخذ مع القصـاص أرش الباقى؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما مضى.

منه شىء، لأن ذلك مرض، فـإن سقط منه شىء لم يؤخذ به الصحـيح إلا أن يكون من أحد جانبيه فيؤخذ من الصحـيح مثل ما بقى منه أو يأخذ أرش ذلك، والذى يجب فيه القصاص أو الدية هو المـارن وهو ما لان منه دون القـصبـة، لأن ذلك حد ينتـهى إليه فـهو كاليـد يجب القصاص فـيما انتهى إلـى الكوع فإن قطع الأنف كله مع القصبـة فعليه القصـاص فى المارن وحكومة للقـصبة، هذا قـول ابن حامد ومـذهب الشافـعى، وفيه وجـه آخر أنه لا يجب مع القصاص حكومـة كيلا يجمع فى عضـو واحد بين قصاص ودية، وقـياس قول أبى بكر أنه لا يجب القصاص هـهنا، لأنه يضع الحديدة فى غير الموضع الذى وضعها الجانى فيه فلم يملك ذلك لقوله فيمن قطع اليد من نصف الذراع أو الكف، وذكر القاضى هـهنا كقول أبى بكر وفى نظائره مثل قول ابن حامد ولا يصح التفريق مع التساوى، وإن قطع بعض الأنف قدر بالأجزاء وأخذ منه بقدر ذلك ولا يؤخذ بالمساحة لئلا يفضى إلى قطع جميع أنف الجانى لصغره ببعض أنف المـجنى عليـه لكبره ويـؤخذ المنخـر الأيمن بالأيمن والأيسـر بمـثله ويؤخـذ الحاجـز بالحاجز، لأنه يمكن القصاص فيه لانتهائه إلى حد.

فـــصل: وتؤخذ العين بالعـين للآية، ولا يشترط التساوى فى الصغـر والكبر والصحة والمرض، لأن اعتبار ذلك يفضى إلى سقوط القصاص بالكلية.

فصل: ولا يقتص إلا من سن من أثغر أى سقطت رواضعه ثم بنت، يقال لمن سقطت رواضعه: ثغر فهو مثغور، فإذا نبتت قيل: أثغر وأتغر لغتان، وإن قلع سن من لم يثغر لم يقتص من الجانى فى الحال، وهذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى، لأنها تعود بحكم العادة فلا يقتص منها كالشعر، ثم إن عاد بدل السن فى محلها مثلها على صفتها فلا شىء على الجانب كما لو قلع شعرة ثم نبتت، وإن عادت مائلة عن محلها أو متغيرة عن صفتها كان عليه حكومة، لأنها لو لم تعد ضمن السن، فإذا عادت ناقصة ضمن ما نقص منها بالحساب ففى ثلثها ثلث ديتها، وفى ربعها ربعها وعلى هذا، وإن عادت والدم يسيل ففيها حكومة، لأنه نقص حصل بفعله، وإن مضى زمن عودها ولم تعد سئل أهل العلم بالطب، فإن قالوا: قد يئس من عودها فالمجنى عليه بالخيار بين القصاص أو دية السن، فإن مات المجنى عليه قبل الإياس من عودها فلا قصاص، لأن الاستحقاق له غير متحقق فيكون ذلك شبهة فى درئه وتجب الدية، لأن القلع موجود والعود مشكوك فيه، ويحتمل أنه إذا مات قبل مجىء وقت عودها أن لا يجب شىء، لأن العادة عودها فأشبه ما لو حلق شعره فمات قبل نباته، فأما إن قلع سن من قد ثغر وجب القصاص له فى الحال، لأن الظاهر عدم عودها وهذا قول بعض أصحاب الشافعى، وقال القاضى: يسأل أهل الخبرة، فإن قالوا: لا تعود فله القصاص فى الحال، وإن قالوا: يرجى عودها إلى وقت ذكروه لم يقتص حتى يأتى ذلك الوقت وهذا قول بعض أصحاب الشافعى، لأنها تحتمل العود فأشبهت سن من لم يثغر، وإذا ثبت هذا، فإنها إن لم تعد بعد فلا كلام وإن عادت لم يجب قصاص ولا دية، وهذا قول أبى حنيفة وأحد

وتؤخذ الأذن بالأذن، أجمع أهل العلم على أن الأذن تؤخذ بالأذن، وقد دلت الآية على ذلك ولأنها تنتهى إلى حد فاصل فأشبهت اليد، وتؤخذ الكبيرة بالصغيرة، وتؤخذ أذن السميع بمثلها وبأذن الأصم، وتؤخذ أذن الأصم بكل واحد منهما لتساويهما، فإن ذهاب السمع نقص فى الرأس، لأنه محله وليس بنقص فيهما، وتؤخذ الصحيحة بالمثقوبة، لأن الثقب ليس بعيب وإنما يفعل فى العادة للقرط والتزين به فإن كان الثقب فى غير محله أو كانت مخرومة أخذت بالصحيحة ولم تؤخذ الصحيحة بها، لأن الثقب إذا انخرم صار نقصًا فيها والثقب فى غير محله عيب، ويخير المجنى عليه بين أخذ الدية إلا قدر النقص وبين أن يقتص فيما سوى المعيب وبتركه من أذن الجانى وفى وجوب الحكومة له فى قدر النقص وجهان، وإن قطعت بعض أذنه فله أن يقتص من أذن الجانى بقدر ما قطع من أذنه وبقدر ذلك بالأجزاء فيؤخذ النصف بالنصف وعلى حسب ذلك، وقال بعض أصحاب الشافعى: لا يجرى القصاص فى البعض، لأنه لا ينتهى إلى حد.

ولنا: أنه يمكن تقدير المقطوع وليس فيها كسر عظم فجرى القصاص فى بعضها كالذكر وبهذا ينتقض ما ذكروه.

قولى الشافعى، وقال فى الآخر لا يسقط الأرش لأن هذه السن لا تستخلف عادة فإذا عادت كانت هبة مجددة ولذلك لا ينتظر عودها فى الضمان.

ولنا: أنها سن عادت فسقط الأرش كسن من لم يثغر وندرة وجودها لا يمنع ثبوت حكمها إذا وجدت، فعلى هذا إن كان أخذ الأرش رده، وإن كان استوفى القصاص لم يجز قلع هذه قصاصًا لأنه لم يقصد العدوان، وإن عادت سن الجانى دون سن المجنى عليه ففيه وجهان:

أحدهما: لا تقلع لئلا يأخذ سنين بسن واحدة وإنما قال الله تعالى: ﴿وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ﴾ **والثانى**: تقلع وإن عادت مرات، لأنه قلع سنه وأعدمها فكان له إعدام سنه، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين.

فصل: وإن قلع سنًا فاقتص منه ثم عادت سن المجنى عليه فقلعها الجانى ثانية فلا شىء عليه، لأن سن المجنى عليه لما عادت وجب للجانى عليه دية سنة فلما قلعها وجب على الجانى ديتها للمجنى عليه فقد وجب لكل واحد منهما دية سن فيتقاصان.

١٤٥٠- **مسألة**: قال: (**وإن كسر بعضها برد من سن الجانى مثله**).

وجملته: أن القصاص جار فى بعض السن لأن الربيع كسرت سن جارية فأمر النبى ﷺ بالقصاص(٢٥) ولأن ما جرى القصاص فى جملته جرى فى بعضه إذا أمكن كالأذن فيقدر ذلك

فصل: وتؤخذ الأذن المستخشفة بالصحيحة، وهل تؤخذ الصحيحة بها؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا تؤخذ بها، لأنها ناقصة معيبة فلم تؤخذ بها الصحيحة كاليد الشلاء وسائر الأعضاء، **والثانى**: تؤخذ بها، لأن المقصود منها جمع الصوت وحفظ محل السمع والجمال، وهذا يحصل بها كحصوله بالصحيحة بخلاف سائر الأعضاء.

فصل: فإن قطع أذنه فأبانها فألصقها صاحبها فالتصقت وثبتت فقال القاضى: يجب القصاص، وهو قول الثورى والشافعى وإسحاق، لأنه وجب بالإبانة وقد وجدت، وقال أبو بكر: لا قصاص فيها، وهو قول مالك، لأنها لم تبن على الدوام فلم يستحق إبانة أذن الجانى دوامًا فإن سقطت بعد ذلك قريبًا أو بعيدًا فله القصاص، ويرد ما أخذ، وعلى قول أبى بكر إذا لم تسقط له دية الأذن وهو قول أصحاب الرأى، وكذلك قول الأولين إذا اختار الدية، وقال مالك: لا عقل لها إذا عادت مكانها، فأما إن قطع بعض أذنه فالتصق فله أرش الجرح ولا قصاص فيه، وإن قطع أذن إنسان فاستوفى منه فألصق الجانى أذنه فالتصقت فطلب المجنى عليه إبانتها لم يكن له ذلك، لأن الإبانة قد حصلت والقصاص قد استوفى فلم يبق قبله حق، فأما إن كان المجنى عليه لم يقطع جميع الأذن إنما قطع بعضها فالتصق كان للمجنى عليه قطع جميعها، لأنه استحق إبانة جميعها ولم يكن أبانه والحكم فى السن كالحكم فى الأذن.

(٢٥) تقدم فى المسألة رقم (١٤٤١) (١٥).

بالأجزاء فيـؤخذ النصف بالنصف والثلث بالثلث، وكل جزء بمثله ولا يؤخذ ذلك بالـمساحة كى لا يفضى إلى أخذ جميع سن الجانى ببعض سـن المجنى عليه، ويكون القصاص بالمبرد ليؤمـن أخذ الزيادة فإنـا لو أخذناها بالكسـر لم نأمن أن تنصدع أو تنقلـع أو تنكسر من غـير موضع القصاص، ولا يقـتص حتى يقول أهل الخبرة: إنه يؤمن انقلاعها أو الـسواد فيها، لأن توهم الزيادة يمنع القصاص فى الأعضاء كـما لو قطعت يده من غير مفصل، **فإن قـيل:** فقـد أجزتم القــصاص فى الأطراف مع توهم سرايتـها إلى النفس فلم منعتم منه لتـوهم السراية إلى بعض العضو؟ **قلـنا:** وهم السراية إلى النفس لا سبيل إلى التحرز منه، فلو اعتبرناه فى المنع لسقط القصاص فى الأطراف بالكلية فسقط اعتـباره، أما السراية إلى بعض العضو فتارة نقول: إنما منع القصاص فـيها احتمال الزيادة فى الفعل لا فى السـراية مثل من يستوفى بعض الذراع فإنه يحتمل أن يفعل أكثر مما فعل به، وكـذلك من كسر سنّا ولـم يصدعها فكسر المتوفى سنه وصدعها أو قـلعها أو كسر أكثـر مما كسر فقـد زاد على المثل، والقصاص يعتمـد المماثلة، وتارة نقول: إن السرايـة فى بعض العضو إنما منع إذا كـانت ظاهرة ومثل هذا يمنع فى النفس ولهذا منعناه من الاستيفاء بآلة كالة أو مـسمومة وفى وقت إفراط الحرارة أو البرودة تحرزاً من السراية.

فــصـل: ومن ألصق أذنه بعد إبانتهـا أو سنه فهل تلزم إبانتها؟ فيه وجـهان مبنيان على الروايتين فيـما بان من الآدمى هل هو نجس أو طاهر؟ إن قلنا: هو نجس لزمته إزالتـها ما لم يخف الضرر بذلك كما لو جبر ساقه بعظم نجس، وإن قلنا بطهارتها لم تلزمه إزالتها، اختاره أبو بكر، وهو قول عطاء بن أبى رباح وعطاء الخراسـانى وهو الصحيح، لأنه جزء آدمى طاهر فى حياته وموته فكان طاهراً كحالة اتصاله، فأمـا إن قطع بعض أذنه فالتصقت لم يلزمه إبانتها على الروايتين جميعًـا، لأنها لم تصر ميتة لعدم إبانتها ولا قصاص فـيها، قاله القاضى، وهذا مذهب الشافعى، لأنه لا تمكن المماثلة فى المقطوع منها.

4- **مـسألة:** (وتقلع العين بالعين).

أجمع أهل العلم على القصاص فى العينين، يروى ذلك عن مسروق والحسن وابن سيرين والشعبى والزهرى والثورى ومالك والشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى، وروى عن على ﷺ لقول الله تـعالى: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ (المـائدة: ٤٥) ولأنها تنتهى إلى مفـصل فجرى القصاص كاليد، وتؤخـذ عين الشاب بعين الشيخ المريضـة وعين الكبير بعين الصـغير والأعمش، ولا تؤخذ الصحيحة بالقائمة، لأنه يأخذ أكثر من حـقه وتؤخذ القائمة بالصحيحة، لأنها دون حقه كما تؤخذ الشلاء بالصحيحة ولا أرش له معها، لأن التفاوت فى الصفة.

فـصل: فإن قلع عينه بأصبعه لم يجز أن يقتص بأصبعه، لأنه لا تمكن المماثلة فيه، فإن لطمه فأذهب ضوء عينه لم يجز أن يقتص منه اللطمة، لأن المماثلة فيها غير ممكنة، ولهذا لو

فصل: ومن قلع سنًا زائدة وهى التى تنبت فضلة فى غير سمت الأسنان خارجة عنها إما إلى داخل الفم وإما إلى الشفـة كانت للجانى مثلها فى مـوضعها فللمجنى عليـه القصاص أو أخذ حكومة فى سنه، وإن لم يكن له مـثلها فى محلها فليس للمـجنى عليه إلا الحكومة وإن كانت إحدى الزائدتين أكبر من الأخرى ففيه وجهان: أحدهما: لا تؤخذ الكبرى بالصغرى لأن الحكومة فيها أكبر فلا يقلع بها ما هو أقل قيمة منها، والثانى: تؤخذ بها لأنهما سنان متساويان فى الموضع فتؤخذ كل واحدة منهمـا بالأخرى كالأصليتين، ولأن قول الله تعالى: ﴿وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ﴾ (المـائدة: ٤٥) عام فيـدخل فيه محل النزاع، وإن قلنا: يثبـت القياس فى الزائدتين بالاجتهاد فـالثابت بالاجتهاد معتـبر بما ثبت بالنص واختلاف القيمـة لا يمنع القصاص بدليل جريانه بين العبيد وبين الذكـر والأنثى فى النفس والأطراف، على أن كبر السن لا يوجب كثرة قيمـتها، فإن السن الزائدة نقص وعيب وكـثرة العيب زيادة فى النقص لا فى القيمـة ولأن كبر السن الأصلية لا يزيد قيمتها فالزائدة كذلك.

فصل: ويؤخذ اللسان باللسان، لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ (المائدة: ٤٥) ولأن له حدًا ينتـهى إليه فـاقتص منه كالعـين ولا نعلم فى هذا خلافـًا، ولا يؤخذ لسان نـاطق بلسان أخرس لأنه أفـضل منه ويؤخذ الأخرس بالناطق لأنه بعض حـقه ويؤخذ بعض اللســان ببعض لأنه أمكن القصـاص فى جمـيعه فـأمكن فى بعضه كـالسن ويقدر ذلك بالأجـزاء ويؤخذ منه بالحساب.

انفردت من إذهاب الضوء لم يجب فيها قصاص ويجب القصاص فى البصر فيعالجه بما يذهب بصره من غـير أن يقلع عـينه، وسنذكر ذلك، وذكـر القاضى أنه يقـتص منه باللطمة فـيلطمه المجنى عليه مثل لطمته، فإن ذهب ضـوء عينه وإلا كان له أن يذهبه بما يذكره، وهو مذهب الشافعى ولا يصح هذا، فإن اللطمة لا يقتص منهـا منفردة فلا يقتص منها إذا سرت إلى العين كالشجة دون الموضحة، ولأن اللطمة إذا لم تكن فى العين لا يقتص منها بمثلها مع الأمن من إفساد العـضو ففى العين مع وجود ذلك أولى، ولأنه قـصاص فيما دون النفس فلم يجـز بغير الآلة المعـدة له كالموضـحة، وقال القـاضى: لا يجب القصاص إلا أن تكـون اللطمة تذهب بذلك غالبًا، فإن كانت لا تذهب بالنظر غالبًا فذهبت بها فـهو شبه عمد لا قصاص فيه، وهو قول الشافعى، لأنه فـعل لا يفضى إلى الفوات غالبًا فلم يجب به القصـاص بكل حال لعموم قوله تعالى: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ (المائدة: ٤٥) ولأن اللطمة إذا أسالت العين كانت بمنزلة الجرح ولا يعتبر فيه الإفضاء إلى التلف غالبًا.

فصل: فإن لطم عينه فذهب بصره أو ابيضت وشخصت، فإن أمكن معالجة عين الجانى حتى يذهـب بصرها وتبيض مـن غير جناية على الـحدقة فـعل ذلك، وإن لم يمكن الإذهاب بعض ذلك مثل ذهاب البصر دون أن تبيض وتشخص فـعليه حكومة للذى لم يمكن القصاص

فـصل: وتؤخذ الشفة بالشفة، وهى ما جاوز الذقن والخدين علوّاً وسفلاً لقول الله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ ولأن له حدّاً ينتهى إليه يمكن القصاص منه فوجب كاليدين.

١٤٥١- **مسألة:** قال: **(ولا تؤخذ يمين بيسار ولا يسار بيمين)**.

هذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعى وأصحاب الرأى وحكى عن ابن سيرين وشريك أن إحداهما تؤخذ بالأخرى لأنهما يستويان فى الخلقة والمنفعة.

ولنا: أن كل واحدة منهما تختص باسم فلا تؤخذ إحداهما بالأخرى كاليد مع الرجل، فعلى هذا كل ما انقسم إلى يمين ويسار كاليدين والرجلين والأذنين والمنخرين والثديين والأليتين والأنثيين لا تؤخذ إحداهما بالأخرى.

فـصل: وما انقسم إلى أعلى وأسفل كالجفنين والشفتين لا يؤخذ الأعلى بالأسفل ولا الأسفل بالأعلى لما ذكرنا ولا تؤخذ أصبع بأصبع إلا أن يتفقا فى الاسم والموضع، ولا تؤخذ أنملة بأنملة إلا أن يتفقا فى ذلك ولا تؤخذ عليا بسفلى ولا وسطى، والوسطى والسفلى لا تؤخذان بغيرهما، ولا تؤخذ السن بالسن إلا أن يتفق موضعهما واسمهما ولا تؤخذ أصبع ولا سن أصلية بزائدة ولا زائدة بأصلية ولا زائدة بزائدة فى غير محلها لما ذكرناه.

فـصل: وما لا يجوز أخذه قصاصًا لا يجوز بتراضيهما واتفاقهما عليه، لأن الدماء لا تستباح بالاستباحة والبذل، ولذلك لو بذلها له ابتداءً لا يحل أخذها، ولا يحل لأحد قتل نفسه ولا قطع طرفه فلا يحل لغيره ببذله، فلو تراضيا على قطع إحدى اليدين بدلاً عن الأخرى فقطعها المقتص سقط القود، لأن القود فى الأولى بإسقاط صاحبها، وفى الثانية بإذن

فيه كما لو جرحه هاشمة فإنه يقتص موضحة ويأخذ أرش باقى جرحه، وعلى قول أبى بكر لا يستحق مع القصاص أرش، وقال القاضى: إذا لطمه مثل لطمته فذهب ضوء عينه ولم تبيض ولم تشخص فإن أمكن معالجتها حتى تبيض وتشخص من غير ذهاب الحدقة فعله، فإن تعذر ذلك فلا شيء عليه، كما لو اندملت موضحة المجنى عليه وحشة قبيحة، وموضحة الجانى حسنة جميلة لم يجب شيء كذلك ههنا، وبناء هذا على أن اللطمة حصل بها القصاص كما حصل بجرح الموضحة، وقد بينا فساد هذا.

5- **مسألة:** (ويؤخذ السن بالسن).

وهو إجماع أهل العلم للآية وحديث الربيع، ولأن القصاص فيها ممكن، لأنها محدودة فى نفسها وتؤخذ الصحيحة بالصحيحة والمكسورة بالصحيحة، لأنه يأخذ بعض حقه وهل له أرش الباقى، فيه وجهان ذكرناهما.

فـصل: ولا يقتص إلا من سن أثغر، أى: سقطت رواضعه ثم نبتت، يقال لمن سقطت رواضعه: ثغر فهو مثغور فإذا نبتت قيل: أثغر وأتغر لغتان، وإن قلع سن من لم يثغر لم يقتص من الجانى فى الحال وهذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى، لأنها تعود بحكم العادة فلا

صاحبها فى قطعها ودياتهما متساوية، وهذا قول أبى بكر، ولذلك قال: لو قطع المقتص اليد الأخرى عدوانًا لسقط القصاص، لأنهما تساويا فى الألم والدية والاسم فتقاصا وتساقطا، ولأن إيجاب القصاص يفضى إلى قطع يدى كل واحد منهما وإذهاب منفعة الجنس وإلحاق الضرر العظيم بهما جميعًا، ولا تفريع على هذا القول لوضوحه، وكل واحد من القطعتين مضمون بسرايته، لأنه عدوان، وقال ابن حامد: إن كان أخذها عدوانًا فلكل واحد منهما القصاص على صاحبه، وإن أخذها بتراضيهما فلا قصاص فى الثانية لرضا صاحبها ببذلها وإذنه فى قطعها، وفى وجوبه فى الأولى وجهان: أحدهما: يسقط لما ذكرنا، والثانى: لا يسقط، لأنه رضى بتركه بعوض لم يثبت فكان له الرجوع إلى حقه كما لو باعه سلعة بخمر وقبضه إياه، فعلى هذا له القصاص إلا أنه لا يقتص إلا بعد اندمال الأخرى وللجانى دية يده، فإذا وجب للمجنى عليه دية يده وكانت الديتان واحدة تقاصا، وإن كانت إحداهما أكبر من الأخرى كالرجل مع المرأة وجب القصاص لصاحبه.

يقتص منها كالشعر، فإن عاد بدل السن فى محلها مثلها على صفتها فلا شىء على الجانى، كما لو قلع شعره ثم نبت، وإن عادت مائلة عن محلها أو متغيرة عن صفتها كان عليه حكومة، لأنها لو لم تعد ضمن السن، فإذا عادت ناقصة ضمن ناقص، وإن عادت قصيرة ضمن ما نقص بالحساب، ففى ثلثها ثلث ديتها وهلى هذا الحساب، وإن عادت والدم يسيل ففيها حكومة، لأنه نقص حصل بفعله، وإن مضى زمن عودها ولم تعد سئل أهل العلم بالطب، فإن قالوا: قد يئس من عودها فالمجنى عليه مخير بين القصاص أو الدية، فإن مات المجنى عليه قبل الإياس من عودها فلا قصاص لأن الاستحقاق له غير متحقق فيكون ذلك شبهة في درئه وتجب الدية، لأن القلع موجود والعود مشكوك فيه ويحتمل أنه إذا مات قبل مجيء وقت عودها أن لا يجب شىء، لأن العادة عودها فأشبه ما لو حلق شعره فمات قبل نباته، فأما إن قلع سن من قد أثغر وجب القصاص له فى الحال، لأن الظاهر عدم عودها، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى، وقال القاضى: يُسأل أهل الخبرة، فإن قالوا: لا تعود فله القصاص فى الحال، وإن قالوا: يرجى عودها إلى وقت ذكروه لم يقتص حتى يأتى ذلك الوقت، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى، لأنها تحتمل العود فأشبهت سن من لم يثغر، إذا ثبت هذا فإنها إن لم تعد فلا كلام، وإن عادت لم يجب القصاص ولا دية، وهذا قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى، وقال فى الآخر: لا يسقط الأرش، لأن هذه السن لا تستخلف عادة، فإذا عادت كانت هبة مجددة ولذلك لا ينتظر عودها فى الضمان.

ولنا: أنها سن عادت فسقط الأرش كسن من لم يثغر، وندرة وجودها لا يمنع ثبوت حكمها إذا وجدت، فعلى هذا إن كان أخذ الأرش رده، وإن كان استوفى القصاص لم يجز قلع هذه قصاصًا، لأنه لم يقصد العدوان، وإن عادت سن الجانى دون سن المجنى عليه لم

فصل: وإذا قال المقتص للجانى: أخرج يمينك لأقطعها فأخرج يساره فقطعها فعلى قول أبى بكر يجزئ ذلك، سواء قطعهـا عالمًا بها أو غير عالم، وعلى قول ابن حـامد إن أخرجها عمدًا عالمًا بأنهـا يساره وأنها لا تجزئ فلا ضمان على قاطعهـا ولا قود، لأنه بذلها بإخراجه لها لا سبيل على العوض، وقد يقوم الفعل فى ذلك مقام النطق بدليل أنه لا فرق بين قوله خذ هذا فكله وبين استـدعاء ذلك منه فيعطـيه إياه، ويفارق هذا ما لو قطع يد إنسـان وهو ساكت لأنه لم يوجد منه البذل وينظر فى المقتص، فإن فعل ذلك عالمًا بالحال عذر، لأنه ممنوع منه لحق الله تعالى، وهل يسقط القصاص فى اليمين؟ على وجهين:

أحدهـما: يسقط لأن قاطع اليسار تعـدى بقطعها، ولأنه قطع إحدى يديه فلم يملك قطع اليد الأخرى كما لو قطع يد السارق اليسرى مكان يمينه فإنه لا يملك قطع يمينه.

والوجه الثانى: أنه لايسقط وهو مذهب الشافعى، وفرقوا بين القصاص وقطع السارق من ثلاثة أوجه: **أحـدها:** أن الحد مبنى على الإسقاط بخلاف القصاص، والثانى: أن اليسار لا تقطع فى السرقـة وإن عدمت يمينـه، لأنه يفوت منفعـة الجنس فى الحد بخلاف القـصاص،

تقـلع فى أحد الوجـهين، لئلا يأخذ سـنين بسن، وإنمـا قال الله تعالى: ﴿وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ﴾ (المـــائدة: ٤٥) والثـــانى: تقلع وإن عادت مرات، لأنه أعـدم سنه بالقلع فكان له إعدام سنه، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين.

فـصل: فإن قلع سنًا فاقتص منه ثم عادت سن المجنى عليـه فقلعا الجانى ثانية فلا شىء عليــه، لأن سن المجنى عليه لما عادت وجب للجـانى عليه دية سنه فلما قلعها وجب على الجانى ديتها للمجنى عليه فقد وجب لكل واحد منهما دية سن فيتقاصان.

6- **مسألة:** (ويؤخذ الجفن بالجفن).

لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ ولأنه يمكن الاقتصاص فيه لانتهائه إلى مفصل، وهذا مذهب الشـافعى، ويؤخذ جـفن البصيـر بمثله وبجفن الضـرير، ويؤخذ جفن الضـرير بمثله وبجفن البصـير، لأنهما تساويا فى الســلامة من النقص، وعدم البصـر نقص فى غيره لا يمنع أخذ أحدهما بالآخر كأذن الأصم.

7- **مسألة:** (وتؤخذ الشفة بالشفة).

وهى ما جاوز الذقن والخدين علوًا وسـفلاً لقول الله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ ولأن لها حدًا تنتهى إليه يمكن القصاص منه فوجب كاليدين.

فـصل: ويؤخذ اللســان باللسان، للآية ولأن له حدًا ينتهى إليه فـاقتص منه كالعين ولا نعلم فى هذا خلافًا ولا يؤخذ لسان ناطق بـأخرس، لأنه أفضل منه ويؤخذ الأخرس بالناطق، لأنه دون حقه ويؤخذ بعض اللسان بالبعض، لأنه أمكن القصاص فى جميعه فأمكن فى بعضه كالسن ويقدر ذلك بالأجزاء ويؤخذ منه بالحساب.

والثــالث: أن اليد لو سقطت بأكلة أو قــصاص سقط القطع فى السرقة فـجاز أن يسقط بقطع اليسار بخلاف القصاص، فإنه لا يسقط وينتقل إلى البدل لكن لا تقطع يمينه حتى تندمل يساره لئلا يؤدى إلى ذهاب نفسه، **فإن قــيل**: أليس له قطع يمين رجل ويسار آخر لم يؤخر أحدهما إلى اندمال الآخر؟ **قلنا**: الفرق بينهما أن القطعين مستحقان قصاصًا، فلهذا جمعنا بينهما وفى مسألتنا أحدهما غــير مستحق فلم نجمع بينهما، فإذا اندملت اليســار قطعنا اليمين، فإن سرى قطع اليسار إلى نفـسه كانت هدرًا ويجب فى تركته، دية اليميــن لتعذر الاستيفاء فــيها بموته، وإن قال المقتص منه: لم أعلم أنها اليسار أو ظننت أنها تجزئ عن اليمين نظرت فى المستوفى فإن علم أنها يساره، وأنها لا تكون قــصاصًا ضمنها بديتها ويعزر وقال بعض الشــافعية: عليه القصاص، لأنه قطعها مع العلم بأنه ليس له قطعها.

8- مــسألة: (وتؤخذ اليد باليد).

لقول الله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ (المـائدة: ٤٥) وقد أجمع أهل العلم على جريان القصاص فى الأطراف للآية ولحديث الربيع ويشترط لذلك ثلاثة شروط:

أحدها[2]: الأمن من الحيف وهو أن يكون القطع من مفصل فإن كان من غير مفصل فلا قصاص فيه من موضع القطع بغير خلاف نعلمه لما روى نمر بن جابر عن أبيه أن رجلاً ضرب رجلاً على ساعده بالسيف فـقطعها من غير مفصل فاستـعدى عليه النبى ﷺ فأمر له بالدية فقال: إنى أريد القصــاص فقال: «خذ الدية بارك الله لك فيهــا» ولم يقض له بالقصاص، رواه ابن ماجه.

وفى قطع اليد ثمان مسائل:

أحـــدها: قطع الأصابع من مفاصلــها فالقصاص واجب فيهــا، لأن لها مفاصل ويمكن القصاص فيها من غير حيف وإن اختار الدية فله نصفها لأن فى كل أصبع عشر الدية.

الثانــية: قطعها من نصف الكف فليس له القصاص من موضع القطع، لأنه ليس بمفصل فلا يؤمن الحيف فيه، وإن أراد الأصابع ففيه وجهان: **أحدهما**: ليس له ذلك اختاره أبو بكر، لأنه يقتص من غــير موضع الجناية فلم يجز كــما لو كان القطع من الكوع، يحقــقه أن امتناع قطع الأصابع إذا قطع من الكوع إنما كان لعدم المقتضى أو وجود مانع وأيهما كان فهو متحقق إذا كان القطع من نصف الكف، **والثانى**: له قطع الأصابع ذكره أصحابنا وهو مذهب الشعبى، لأنه يأخذ دون حقه لعجزه عن استيفاء حقه ما لــو شجه هاشمة فاستوفى موضحة، ويفارق ما إذا قطع من الكوع، لأنه أمكنه إستيـفاء حقه فلم يجز العدول إلى غــيره، وهل له حكومة فى نصف الكف؟ فيــه وجهان: **أحــدهمــا**: ليس له ذلك، لأنه يجمع بين القــصاص والأرش فى

---

(2) هكذا فى الأصل ولم يذكر هنا غير شرط واحد وقد عدها فى المغنى خمسة وجعل الشرط المذكور هنا خامس الخمسة فلتراجع فى مسألة رقم (١٤٤٢) من المغنى.

ولنا: أنه قطعهـا ببذل صاحبـها فلم يجب عليه القـصاص كما لو علم باذلهـا، وإن كان جاهلاً فلا تعزير عليه وعليه الضمان بالدية لأنـه بذلها على وجه البذل فكانت مضمونة عليه، ولأنها مضمونة لو كان القاطع عالمـًا بها وما وجب ضمانه فى العمد وجب فى الخطأ كإتلاف المال، والقصاص باق له فى اليمين ولا تقطع حـتى تندمل اليسار فإذا اندملت فله قطع اليمين فإن عفا وجب بدلها ويتقاصان، وإن سرت اليـسار إلى نفسه كانت مضمونة بالدية الكاملة وقد تعذر قطع اليـمين ووجب له نصف الدية فيتـقاصان به ويبـقى نصف الدية لورثة الجانى، وإن اختلفا فى بذلها فقال الجانى إنما بذلتها بدلاً عـن اليمين، وقال المجنى عليه: بذلتها فى غير عوض أو قال: أخرجتـها دهشة، فقال: بل عالمًا فالقول قـول الجانى، لأنه أعلم بنيته، ولأن الظاهر أن الإنسـان لا يبذل طرفـه للقطع تبرعـًا مع أن عليه قـطعًا مـستحـقًا، وهذا مـذهب الشافعى، وإن كان باذل اليسـار مجنونًا مثل أن يجن بعد وجوب القصاص عليـه فعلى قاطعها ضمانها بالقـصاص إن كان عالمًا وبالدية إن كان مخطئًا، لأن بذل المـجنون ليس بشبهة، وإن

عضو واحد فلم يجـز كما لو قطع من الكوع، **والثـانى**: له أرش نصف الكـف، لأنه حق له تعذر استيفاؤه فوجب أرشه كسائر ما هذا حاله، وإن اختار الدية فله نصفها، لأن قطع اليد من الكوع لا يوجب أكثر من نصف الدية فما دونه أولى.

الثالثة: قطع من الكوع فله قطع يده من الكوع، لأنه مفصل وليس له قطع الأصابع، لأنه غير محل الجناية ولا يستوفى منه مع إمكان الاستيفاء من محلها.

الرابعـة: قطع من نصف الذراع فليس له أن يقطع من ذلك الموضع، لأنه ليس بمفصل، وقد ذكرنا الخـبر الوارد فيه وله نصف الدية وحكومـة فى المقطوع من الذراع، وهل له القطع من الكوع؟ فيـه وجهان كمـا ذكرنا فيمن قطع من نصـف الكف، ومن جوز القطع من الكوع فعنده فى وجوب الحكومة لما قطع من الذراع وجـهان، ويخرج أيضًا فى جواز قطع الأصابع وجهان فإن قطع منها لم يكن له حكومة فى الكف، لأنه أمكنه أخذ قصاصًا فلم يكن له طلب أرشه كما لو كانت الجناية من الكوع.

الخامسة: قطع من المرفق فله القصاص منه، لأنه مفصل وليس له القطع من الكوع، لأنه أمكنه استيفاء حقه بكماله والاقتـصاص من محل الجناية عليه فلم يجز العدول إلى غيره، وإن عفا إلى الدية فله دية اليد وحكومة للساعد.

السـادسة: قطعها من العضد فلا قصاص فيها فى **أحد الوجـهين**، وله دية اليد وحكومة للساعد وفى بعض العضد، **والثانى**: له القصاص من المرفق، وهل له حكومة فى الزائد؟ على وجهين، وهل له القطع من الكوع؟ يحتمل وجهين.

السـابعـة: قطع من المنكب فالواجب القـصاص، لأنه مفصل إذا لم يخـف جائفة، وإن اختار الدية فله دية اليد وحكومة لما زاد.

كان من له القصـاص مجنونًا، ومن عليه القصاص عاقـلاً فأخرج إليه يساره أو يمينه فـقطعها ذهبت هدرًا، لأنه لا يصح منه الاستيـفاء ولا يجوز البدل له ولا ضمان عليـه لأنه أتلفها ببذل صاحبها، لكن إن كان المقطوع اليمنى فقد تعذر استـيفاء القصاص فيها لتلفها فيكون للمجنون ديتهـا، وإن وثب المجنون علـيه فقطع يده الـتى لا قصاص فـيهـا فعلى عـاقلته ديتـها، وله القصاص فى الأخرى، وإن قطع الأخرى فهو مستوف حقه فى أحد الوجهين، لأن حقه متعين فيها، فإذا أخذها قهرًا سقط حقه كما لو أتلف وديعته، **والثـانى**: لا يسقط حقه وله عقل يده وعقل يد الجانى على عاقلته، لأن المجنون لا يصح منه الاستـيفاء ويفارق الوديعة إذا أتلفها، لأنها تلفت بغير تفريط وليس لها بدل إذا تلفت بذلك واليد بخلافه، فإنها لو تلفت بغير تفريط كانت عليه ديتها وكذلك الصـغير وكذلك الحكم فيهما إذا قتلا قاتل أبيهـما عمدًا، وإن اقتصا من الجانى ما لا تحمله عـاقلته كما دون الثلث كقطع أصبع ونحوها سقـط حقهما، لأن ذلك يقتضى الدية فى ذمتهما ولهما فى ذمة الجانى مثل ذلك فـيتقاصان، وإن كانت ديتهما مختلفة كالمسلم والذمى والرجل والمرأة، فإن قلنا: يكونان مستوفيين لحقهما بالقطع لم يبق لهما حق كما لو أتلفـا وديعتهما، وإن قلنا: لا يكونان مسـتوفيين يقاص من الديتين بقـدر الأدنى منهما ووجب الفضل لـلصبى والمجنون، وإن كـانت الجناية عليهـما أو على وليـهما خطـأ تحمله العاقلة فاسـتوفيا القصاص لـم يسقط حقهما وجـهًا واحدًا، وكانت دية من استـوفيا منه على عاقلتهما مؤجلة، ودية الجناية عليهما أو على وليهما على عاقلة الجانى مؤجلة.

الثـامنة: خلع عظم المنكب ويقال له: مشط الكتف فيـرجع فيه إلى اثنين من ثقات أهل الخبرة فإن قالوا: يمكن الاستيفاء من غيـر أن تصير جائفة استوفى وإلا صار الأمر إلى الدية، وفى جواز الاستـيفاء من المرفق أو مـا دونه مثل ما ذكرنا فى نظائره، ومثـل هذه المسائل فى الرجل فالساق كالذراع، والفخذ كالعضد والورك كعظم الكتف، والقدم كالكف، فتقاس عليها بالنص والمعنى.

9- **مسألة: (ويؤخذ كل واحد من الأصابع والكف والمرفق والذكر والأنثيين بمثله)**.

لقوله تـعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ ولما ذكرنا فى اليـد باليد، ولا نعلم بين أهل العلم خلافًا فى أن القصـاص يجرى فى الذكر، ولأن له حدًا ينتهى إليه، ويمكن القـصاص فيه من غير حيف فوجب فيه القصاص كالأنف ويستوى فى ذلك ذكر الصغير والكبير والشيخ والشاب والذكر الكبـير والصغيـر والصحيح والمـريض، لأن ما وجب فيه القـصاص من الأطراف لم يختلف بهذه المعـانى كذلك الذكر، ويؤخذ كل واحد من المجبـوب والأغلف بصاحبه، لأن الغلفة زيادة يسـتحق إزالتهـا فهى كالمـعدومة، ويؤخـذ كل واحد من الخصى والـعنين بمثله لتساويهما كـما يؤخذ العبد بالعبد والذمى بالذمى، ويؤخذ بعضه ببـعض ويعتبر بالأجزاء دون المساحة فيؤخذ النصف بالنصف وما زاد ونقص فحساب ذلك كالأنف والأذن على ما ذكرناه.

فصل: وسراية القود غير مضمونة، ومعناه أنه إذا قطع طرفًا يجب القود فيه فاستوفى منه المجنى عليه ثم مات الجانى بسراية الاستيفاء لم يلزم المستوفى شىء، وبهذا قال الحسن وابن سيرين ومالك والشافعى وإسحاق وأبو يوسف ومحمد وابن المنذر وروى ذلك عن أبى بكر وعمر وعلى ﷺ، وقال عطاء وطاوس وعمرو بن دينار والحارث العكلى والشعبى والنخعى والزهرى وأبو حنيفة: عليه الضمان، قال أبو حنيفة: عليه كمال الدية فى ماله، وقال غيره: هى على عاقلته، لأنه فوت نفسه ولا يستحق إلا طرفه فلزمته ديته كما لو ضرب عنقه، ولأنها سراية قطع مضمون فكانت مضمونة كسراية الجناية، والدليل على أنه مضمون أنه مضمون بالقطع الأول، لأنه فى مقابلته.

ولنا: أن عمر وعليًا ﷺ قالا: من مات من حد أو قصاص لا دية له الحق قتله. رواه سعيد بمعناه(٢٦)، ولأنه قطع مستحق مقدر فلا تضمن سرايته كقطع السارق وفارق ما قاسوا عليه، فإنه ليس ما فعله مستحقًا إذا ثبت هذا فلا فرق بين سرايته إلى النفس بأن يموت منها أو إلى ما دونها مثل أن يقطع أصبعًا فتسرى إلى كفه.

10- **مسألة:** (ويجرى القصاص فى الأنثيين لما ذكرنا من النص والمعنى).

ولا نعلم فيه خلافًا، فإن قطع إحداهما وقال أهل الخبرة: إنه يمكن أخذها مع سلامة الأخرى جاز، وإن قالوا: لا يؤمن تلف الأخرى لم يقتص منها خشية الحيف ويجب فيها نصف الدية، وإن أمن تلف الأخرى أخذت اليمنى باليمنى واليسرى باليسرى كاليدين.

11- **مسألة:** (وهل يجزئ القصاص فى الإلية والشفر؟ على وجهين).

يجب القصاص فى الإليين النابتين بين الفخذ والظهر بجانبى الدبر فى أحد الوجهين، وهو ظاهر مذهب الشافعى، والوجه الثانى: لا يجب وهو قول المزنى، لأنهما لحم متصل بلحم أشبه لحم الفخذ، ووجه الأول قوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ (المائدة: ٤٥) ولأن لها حدًا ينتهيان إليه فجرى القصاص فيها كالذكر.

12- **مسألة:** (وفى القصاص فى شفرى المرأة وجهان).

أحدهما: لا قصاص فيهما، لأنه لحم لا مفصل له ينتهى إليه فأشبه لحم الفخذين، وهو

---

(٢٦) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٦٨) معلقًا من طريق مطر بن عطاء عن عبيد بن عمر عنهما بلفظ: «فى الذى يحدث فى القصاص لا دية له» وإسناده ضعيف فيه مطر هذا، قال الحافظ فى «التقريب»: صدوق كثير الخطأ، وحديثه عن عطاء ضعيف، وهذا من روايته عنه. وأخرجه أيضًا من طريق آخر «الحجاج بن أرطاة عن أبى يحيى عن على وحده قال: من مات فى حد قائمًا قتله الحد، فلا عقل له، مات فى حد من حدود الله»، وإسناده أيضًا ضعيف، الحجاج مدلس وقد عنعنه، وأبو يحيى لم يعرف فإن القتات فهو كوفى كالحجاج ولم يسمع من على ﷺ، فهو ضعيف أيضًا. وأخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٩/ ٤٥٧) من طرق وإسناده ضعيف أيضًا.

فـصل: وسراية الجناية مضمونة بلا خلاف، لأنها أثر الجناية والجناية مضمونة فكذلك أثرها ثم إن سرت إلى النفس وما لا يمكن مباشرته بالإتلاف مـثل أن يهشمه فى رأسه فيذهب ضوء عينيـه وجب القصاص فيـه ولا خلاف فى ذلك فى النفس، وفى ضوء العـين خلاف قد ذكرناه فيما تقدم، وإن سرت إلى ما يمكن مباشرته بالإتلاف مثل إن قطع أصبعًا فتآكلت أخرى وسقطت من مفصل ففـيه القصاص أيضًا فى قول إمامنا وأبى حنيفة ومـحمد بن الحسن وقال أكثر الفقهاء: لا قصاص فى الثانيـة وتجب ديتها لأن ما أمكن مباشرته بالجناية لا يجب القود فيه بالسراية كما لو رمى سهمًا فمرق منه إلى آخر.

ولنا: أن ما وجب فـيه القـود بالجناية وجب بالسراية كـالنفس وضوء العـين، ولأنه أحد نوعى القصاص فأشبه ما ذكرنا، وفـارق ما ذكروه فإن ذلك فعل وليس بسراية، ولأنه لو قصد ضرب رجـل فأصاب آخـر لم يجب القـصاص ولو قصـد قطع إبهـامه فقطـع سبابتـه وجب القصاص ولو ضرب إبهامه فمرق إلى سبابته وجب القـصاص فيهما فافترقا، ولأن الثانية تلفت بفعل أوجب القصاص فوجب القصاص فيها كما لو رمى إحداهما فمرق إلى الأخرى، فأما إن

قول القاضى، والثانى: فيهما القصاص، لأن انتهاءهما معروف فأشبها الشفتين وجفنى العينين وهو قول أبى الخطاب، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين.

فـصل: فإن قطع ذكر خنثى مشكل أو أنثييـه أو شفريه فطلب القصاص لم يجب إليه فى الحال ونقف الأمر حـتى تبين حاله، لأننا لا نعلم أن المقطوع عضـو أصلى، وإن اختار الدية وكـان يرجى انكشاف حـاله أعطيناه اليـقـين وتكون له حكومة فـى المقطوع، وإن كـان قطع جميعـها فله دية امرأة فى الشفرين وحكومة فى الذكر والأنثـيين، وإن يئس من انكشاف حاله أعطى نصف دية الذكر والأنثيين ونصف دية الشفرين وحكومة فى نصف ذلك كله.

13- **مـسـألة:** (وإذا وضح إنسانًا فذهب ضوء عـينه أو سمعه أو شمه فـإنه يوضحه، فإنه جرح يمكن الاقتصاص منه من غير حيف).

لأن له حدًا ينتهى إليه ثم إن ذهب ذلك وإلا استعمـل فيه ما يذهبه من غير أن يجنى على حدقته أو أذنـه أو أنفه، لأنه يستوفى حقه من غـير زيادة فيعالج بما يذهب بصـره من غير أن يقلع عينه كمـا روى يحيى بن جعدة أن أعرابيًا قـدم بجلوبه له إلى المدينة فساومه فـيها مولى لعثمان ﷺ فنازعه فلطمه ففقأ عينه فقال له عثمان: هل لك أن أضعف لك الدية وتعفو عنه؟ فأبى فرفعهما إلى على ﷺ فدعا على بمرآة فأحماها ثم أخذ المرآة بكلبتين فأدناها حتى سال إنسان عينه، وإن وضع فيها كافوراً يذهب بضوئها من غير أن يجنى على الحدقة جاز، وكذلك السمع والشم، وإن لم يمكن إلا بالجناية على هذه الأعـضاء سقط القصاص لتعـذر المماثلة، ولأن توهم الزيادة يسقط القود فحقيقته أولى.

فـصل: وإن شجه دون الموضحة فأذهب ضوء عينه لم يقض منه مثل شجته بغير خلاف

قطع أصبـعًا فشلـت إلى جانبهـا أخرى وجب القصـاص فى المقطوعـة حسب، والأرش فى الشلاء، وبهذا قال مالك والشافعى.

وقال أبو حنيفة: لا قصاص فيهما ويجب أرشـهما جميعًا، لأن حكم السراية لا ينفرد عن الجناية بدليل مـا لو سـرت إلى النفس فـإذا لم يجب القـصاص فى إحـداهمـا لم يجب فى الأخرى.

ولنا: أنها جناية موجبـة للقصاص لو لم تسر فأوجبته إذا سرت كـالتى تسرى إلى سقوط أخرى وكـما لو قطع يد حبلى فـسرى إلى جنينهـا، وبهذا يبطل ما ذكـره وفارق الأصل، لأن السراية مقتضية للقصاص كاقتضاء الفـعل له فاستوى حكمهما، وهـهنا بخلافه، ولأن ما ذكره غيـر صحـيح فإن القطع إذا سـرى إلى النفس سـقط القصــاص فى القطع ووجب فى النفس فحالف حكم الجناية حكم السراية فسـقط ما قاله، إذا ثبت هذا فإن الأرش يجب فى ماله ولا تحمله العاقلة لأنه جناية عمد وإنما لم يجب القصاص فيه لعدم المماثلة فى قطع والشلل فإذا قطع إصبعه فشلت أصــابعه الباقية وكفه فعفـا عن القصاص وجب له نصف الدية، وإن اقتص

علمناه لأنها لا قصـاص فيها إذا لم يذهب ضوء العين فكذلك إذا ذهب، ويعـالج ضوء العين بمثل ما ذكرنا، فإن كانت الشجة فوق الموضحة فله أن يقتص موضحة، فإن ذهب ضوء العين وإلا استـعمل فيـه ما يزيد من غـير أن يجنى على الحـدقة، واختلف أصـحاب الشـافعى فى القصاص فى البـصر فى هذه المواضع فقال بـعضهم: لا قصاص فيـه، لأنه لا يجب بالسراية عندهم كما لو قطع أصبعه فسرى القطع إلى التى تليهـا فأذهبها وقال بعضهم: يجب القصاص هـهنا قـولاً واحداً، لأن ضوء العين لا تمـكن مباشرته بالجناية فـيقتص منه بالسـراية كالنفس فيقتص من البصر بما ذكرنا فى مثل هذا.

فـصـل: (الشرط الثانى: **المـماثلة فى الموضع**) فيؤخذ كل واحـدة من اليمنى واليسرى والعليا والسفلى من الشـفتين والأجفان بمثلها، لأن القـصاص يعتمد المـماثلة، هذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعى وأصحاب الرأى، وحكى عن ابن سيرين وشريك أن إحداهما تؤخذ بالأخرى لاستوائهما فى الخلقة والمنفعة.

ولنا: أن كل واحدة منهمـا تختص باسم فلا تؤخذ إحداهما بالأخـرى كاليد مع الرجل، وكذلك كل ما انقسم إلى يمين ويسار كاليدين والرجلين والأذنين والمنخرين والثديين والإليتين والأنثيـين لا تؤخذ إحـداهما بالأخـرى، وكذلك كل مـا انقسم إلى أعلى وأسـفل كالجـفنين والشفتين لا يؤخذ الأعلى بالأسفل ولا الأسفل بالأعلى لذلك.

14- مـسـألة: (وتؤخذ الأصبع والسن والأنملة بمثلها فى المـوضع والاسم ولا تؤخذ بأنملة إلا أن يتفقا فى الموضع والاسم).

ولا تؤخذ عليا بسفلى ولا وسطى، والوسطى والسفلى لا يؤخذان بغيرهما.

من الإصبع فله فى الأصابع الباقية أربعون من الإبل ويتبعها ما حاذاها من الكف وهو أربعة أخماسه فيدخل أرشه فيها ويبقى خمس الكف فيه وجهان: أحدهما: يتبعها فى الأرش ولا شىء فيه، والثاني: فيه الحكومة، لأن ما يقابل الأربع تبعها فى الأرش لاستوائهما فى الحكم وحكم التى اقتص منها مخالف لحكم الأرش فلم يتبعها.

فصل: ولا يجوز القصاص فى الطرف إلا بعد اندمال الجرح فى قول أكثر أهل العلم، منهم: النخعى والثورى وأبو حنيفة ومالك وإسحاق وأبو ثور، وروى ذلك عن عطاء والحسن وقال ابن المنذر: كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى الانتظار بالجرح حتى يبرأ ويتخرج لنا أنه يجوز الاقتصاص قبل البرء بناءً على قولنا: إنه إذا سرى إلى النفس يفعل كما فعل، وهذا قول الشافعى، قال ولو سأل القود ساعة قطعت أصبعه أقدته لما روى جابر أن رجلاً طعن رجلاً بقرن فى ركبته فقال يا رسول الله أقدنى قال: «حتى تبرأ» فأبى وعجل فاستقاد له رسول الله ﷺ فعيبت رجل المستقيد وبرأت رجل المستقاد منه فقال النبىّ ﷺ: «ليس لك شىء عجلت»(٢٧) رواه سعيد مرسلاً، ولأن القصاص من الطرف لا يسقط بالسراية فوجب أن يملكه فى الحال كما لو برأ.

15- مسألة: (فلو قطع أنملة رجل العليا وقطع الوسطى من آخر ليس له عليا فصاحب الوسطى مخير بين أخذ عقل أنملته وبين أن يصبر حتى تنقطع العليا ثم يقتص من الوسطى).

لأنه يستوفى حقه بذلك.

فصل: فإن قطع من ثالث السفلى فللأول أن يقتص من العليا ثم للثانى أن يقتص من الوسطى ثم الثالث أن يقتص من السفلى سواء جاءوا جميعًا أو واحدًا بعد واحد، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا قصاص إلا فى العليا، لأنه لم يجب فى غيرها حال الجناية لتعذر استيفائه فلم يجب بعد ذلك كما لو كان غير مكافئ حال الجناية ثم صار مكافئًا بعده.

ولنا: أن تعذر القصاص لاتصال محله بغيره لا يمنعه إذا زال الاتصال كالحامل إذا جنت ثم وضعت، ويفارق عدم التكافؤ، لأنه تعذر لمعنى فيه وههنا تعذر لاتصال غيره به، فأما إن جاء صاحب الوسطى أو السفلى يطلب القصاص قبل صاحب العليا لم يجب إليه، لأن فى استيفائه إتلاف أنملة لا يستحقها وقيل لهما: إما أن تصبرا حتى تعلما ما يكون من الأول، فإن اقتص فلكما القصاص، وإن عفا فلا قصاص لكما، وإما أن ترضيا بالعقل، فإن جاء صاحب العليا فاقتص فللثانى الاقتصاص، وحكم الثالث مع الثانى حكم الثانى مع الأول، فإن عفا فلكما العقل، وإن قالا: نحن نصبر وننتظر بالقصاص أن تسقط العليا بمرض أو نحوه ثم

---

(٢٧) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٢/ ٢١٧) عن ابن إسحاق والدارقطنى (٣/ ٨٩) وعن البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٦٧) عن ابن جريج كلاهما عن عمرو بن شعيب به، وإسناده صحيح كما قال أحمد شاكر (٧٠٣٤) وصححه أيضًا الألبانى فى «الإرواء» (٢٢٣٧).

ولنا: ما روى جابر أن النّبى ﷺ: نهى أن يستقاد من الجروح حتى يبرأ المجروح(٢٨) ورواه الدارقطنى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ، ولأن الجرح لا يدرى أقتل هو أم ليس بقتل؟ فينبغى أن ينتظر ليعلم ما حكمه؟ فأما حديثهم فقد رواه الدارقطنى وفى سياقه فقال: يا رسول الله عرجت فقال رسول الله ﷺ: «قد نهيتك فعصيتنى فأبعدك الله وبطل عرجك» ثم نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه وهذه زيادة يجب قبولها وهى متأخرة عن الاقتصاص فتكون ناسخة له، وفى نفس الحديث ما يدل على أن استقادته قبل البرء معصية لقوله: «قد نهيتك فعصيتنى» وما ذكروه ممنوع وهو مبنى على الخلاف.

فصل: فإن اقتص قبل الاندمال هدرت سراية الجناية، وقال أبو حنيفة والشافعى: بل هى مضمونة، لأنها سراية جناية فكانت مضمونة كما لو لم يقتص.

ولنا: الخبر المذكور، ولأنه استعجل ما لم يكن له استعجاله فبطل حقه كقاتل موروثه،

نقتص لم يمنعا من ذلك، فإن قطع صاحب الوسطى الوسطى والعليا فعليه دية العليا تدفع إلى صاحب العليا، وإن قطع الأصبع كلها فعليه القصاص فى الأنملة الثالثة، وعليه أرش العليا للأول وأرش السفلى على الجانى لصاحبها، وإن عفا الجانى عن قصاصها وجب أرشها يدفعه إليه ليدفعه إلى المجنى عليه.

فصل: فإن قطع أنملة رجل العليا ثم قطع أنملتى آخر العليا والوسطى من تلك الأصبع فللأول قطع العليا، لأن حقه أسبق ثم يقطع الثانى الوسطى ويأخذ أرش العليا من الجانى، فإن بادر الثانى فقطع الأنملتين فقد استوفى حقه وتعذر استيفاء القصاص للأول، وله الأرش على الجانى، وإن كان قطع الأنملتين أولاً قدمنا صاحبهما فى القصاص ووجب لصاحب العليا أرشها، وإن بادر صاحبها فقطعها فقد استوفى حقه وتقطع الوسطى للأول ويأخذ الأرش للعليا ولو قطع أنملة رجل العليا ولم يكن للقاطع عليا فاستوفى الجانى من الوسطى فإن عفا إلى الدية تفانا وتساقطا، لأن ديتهما واحدة، وإن اختار الجانى القصاص فله ذلك ويدفع أرش العليا ويجىء على قول أبى بكر أن لا يجب القصاص، لأن ديتهما واحدة واسم الأنملة يشملهما فتساقطا كقوله فى إحدى اليدين بدلاً عن الأخرى.

---

(٢٨) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٨٨/ ح٢٤).

قلت: إسناد المصنف ضعيف عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده تقدم فى الحديث السابق باللفظ المتقدم. أما هذا الحديث فرواه الدارقطنى فى «سننه» (٣/ ٨٨/ ٢٥) من طريق ابن جريج وعثمان ابن الأسود ويعقوب بن عطاء عن أبى الزبير عن جابر... فذكره. وقال الدارقطنى: أخطأ فيه ابن أبى شيبة، وكذلك قال أصحاب عمرو بن دينار عنه والمحفوظ مرسلاً وحديث أبو الزبير صحيح لولا عنعنته وقد تابعه الشعبى عن جابر عن النبى ﷺ بلفظ: «لا يستقاد من الجرح حتى يبرأ». أخرجه الطحاوى (٢/ ١٠٥) كما فى الإرواء وإسناده حسن.

وبهذا فارق من لم يقتص، فعلى هذا لو سرى القطعان جميعًـا فمات الجانى والمستوفى فهما هدر، وقال أبو حنيفـة: يجب ضمان كل واحد منهما مـضمونة ثم يتقاصان فـيسقطان، وقال الشافـعى: إن مات المجنى عليـه أولاً ثم مات الجانى كان قـصاصًا به، لأنه مـات من سراية القطع فقد مات بفـعل المجنى عليه، وإن مات الجانى فكذلك فى أحـد الوجهين وفى الآخر يكون الجانى هدرًا ولولى المـجنى عليه نصف الدية، فـأما إن سرى أحد القطعـين دون موت صاحبه فعندنا هو هدر لا ضمان فيه، وعند أبى حنيفة يجب ضمان سرايته، وعند الشافعى إن سرت الجناية فهى مضمونة، وإن سرى الاستيفاء لم يجب ضمانه ومبنى ذلك على ما تقدم من الخلاف.

16- مـسـألة: (ولا يؤخذ أصلية بزائدة ولا زائدة بأصلية ولا زائدة بزائدة فـى غير محلها لعدم التماثل وإن تراضيا عليه لم يجز).

وجـــملة ذلك: أن ما لا يجوز أخذه قصاصًا لا يجوز بتـراضيهما، لأن الدماء لا تستباح بالإباحة والبذل، ولذلك لو بذلها ابتداء لم يحل له أخـذها ولا يحل لأحد قتل نفسه ولا قطع طرفه فلا يحل لغيره ببذله.

17- مـســألة: (فلو تراضيا على قطع إحـدى اليدين بدلاً عن الأخرى فقطعهـا المقتص سقط القود).

لأن القود سقط فى الأولى بإسقاط صـاحبها وفى الثانية بإذن صاحبها فى قطعـها وديتهما متساوية، وهذا قول أبى بكر، وكذلك لو قطعها تعديًا سقط القصاص، لأنهما تساويا فى الدية والألم والاسم فتقاصا وتساقطا، ولأن إيجاب القـصاص يفضى إلى قطع يدى كل واحد منهما وإذهاب منفعة الجنس وإلحاق الضرر العظيم بهما جـميعًا ولا تفريع على هذا القول لوضوحه وكل واحد من القطعين مضمون سرايته، لأنه عـدوان وقال ابن حامد: إن كان أحدهما عدوانًا فلكل واحد منهما القصـاص على صاحبه وإن أخذها بتراضيهما فـلا قصاص فى الثانية لرضى صاحبها ببذلها وإذنه فى قطعها وفى وجوبه فى الأولى وجهان: **أحدهما**: يسقط لما ذكرناه، **والثانى**: لا يسقط، لأنه رضى بتركه بعوض لم يثبت له فكان له الرجوع إلى حقه كما لو باعه سلعة بخمـر وقبضه إياه وكانت الديتان واحـدة تقاصا، وإن كانت إحداهما أكـثر من الأخرى كالرجل مع المرأة وجب الفضل لصاحبه.

18- مـسألة: (وإن قال له: أخرج يمينك فأخرج يساره فقطعها أجزأت على قول أبى بكر سواء قطعها عالمًا بها أو جاهلاً).

وعلى قول ابن حامد، وإن أخرجها عمدًا عالمًا أنها يساره وأنها لا تجزئ فلا ضمان على قاطعها ولا قود، لأنه بذلها بإخراجه لها لا علـى سبيل العوض وقد يقوم الفعل فى ذلك مقام النطق بدليل أنه لا فرق بين قوله خذ هذا فكله وبين استـدعاء ذلك منه فيعطيه إياه ويفارق هذا

فصل: وإن اندمل جرح الجناية فاقتص منه ثم انتقض فسرى فسرايته مضمونة وسراية الاستيفاء غير مضمونة، لأنه اقتص بعد جواز الاقتصاص فعلى هذا لو قطع يد رجل فبرأ فاقتص ثم انتقض جرح المجنى عليه فمات فلوليه قتل الجانى، لأنه مات من جنايته، وإن عفا إلى الدية فلا شيء له لأنه استوفى بالقطع ما قيمته دية وهو يداه، وإن سرى الاستيفاء لم يجب أيضًا شيء، لأن القصاص قد سقط بموته والدية لا يمكن إيجابها لما ذكرنا، وإن كان المقطوع بالجناية يدًا فوليه بالخيار بين القصاص فى النفس وبين العفو إلى نصف الدية ومتى سقط القصاص بموت الجانى أو غيره وجب نصف الدية فى تركة الجانى أو ماله إن كان حيًا.

فصل: ولو قطع كتابى يد مسلم فبرأ أو اقتص ثم انتقض جرح المسلم فمات فلوليه قتل الكتابى والعفو إلى أرش الجرح وفى قدره وجهان:

أحدهما: نصف الدية لأنه قد استوفى بدل يده بالقصاص وبدلها نصف ديته فبقى له نصفها كما لو كان القاطع مسلمًا.

ما إذا قطع يد إنسان وهو ساكت، لأنه لم يوجد منه البذل وينظر فى المقتص فإن فعل ذلك عالمًا بالحال عزر، لأنه ممنوع منه لحق الله تعالى، وهل يسقط القصاص فى اليمنى؟ على وجهين: أحدهما: يسقط، لأن قاطع اليسار تعدى بقطعها فلم يملك قطع اليد الأخرى كما لو قطع يد السارق اليسرى مكان يمينه فإنه لا يملك قطع يمينه، والوجه الثانى: لا يسقط وهو مذهب الشافعى وفرقوا بين القصاص وقطع السارق من وجوه ثلاثة: أحدها: أن الحد مبنى على الإسقاط بخلاف القصاص، الثانى: أن اليسار لا تقطع فى السرقة، وإن عدمت يمينه، لأنه يفوت منفعة الجنس بخلاف القصاص، والثالث: أن اليد لو سقطت بأكلة أو قصاص سقط القطع فى السرقة فجاز أن يسقط بقطع اليسار بخلاف القصاص، فإنه لا يسقط وينتقل إلى البدل ولكن لا تقطع يمينه حتى تندمل يساره لئلا يؤدى إلى ذهاب نفسه، فإن قيل: أليس لو قطع يمين رجل ويسار آخر لم يؤخر حدهما إلى اندمال الآخر؟ قلنا: الفرق بينهما أن القطعين مستحقان قصاصًا فلهذا جمعنا بينهما، وفى مسألتنا أحدهما غير مستحق فلا نجمع بينهما، فإذا اندملت اليسار قطعنا اليمين فإن سرى قطع اليسار إلى نفسه كانت هدرًا ويجب فى تركته دية اليمنى لتعذر الاستيفاء فيها بموته.

١٩- **مسألة**: (وإن أخرجها دهشة أو ظنًا منه أنها تجزئ فعلى القاطع ديتها إن علم أنها يسار وأنها لا تجزئ ويعزر).

وقال بعض الشافعية عليه القصاص، لأنه قطعها مع العلم أنه ليس له قطعها.

ولنا: أنه قطعها ببذل صاحبها فلم يجب عليه القصاص كما لو علم باذلها، وإن كان جاهلاً فلا تعزير عليه وعليه الضمان بالدية، لأنه بذلها له على وجه البذل فكانت مضمونة عليه، لأنه لو كان عالمًا بها كانت مضمونة عليه وما وجب ضمانه فى العمد وجب فى الخطأ

والثـانى: له ثلاثة أرباعها لأن يد اليهودى تعـدل نصف ديته وذلك ربع دية المسلم فقد استـوفى ربع ديتـه وبقى له ثلاثة أرباعهـا، وإن كان قـطع يدى المسلم فـاقتص منه ثم مـات المسلم فعـفا وليه إلى مال انبنى على الوجـهين إن قلنا تعتبـر قيمة اليهـودى فله ههنا نصف الدية، وإن قلنا: الاعتبار بقيمة يد المـسلم فلا شىء له ههنا، لأنه قد استوفى بدل يديه وهما جميع ديته، ولو كان القطع فى يديه ورجليه فعفا إلى الدية لم يكن له شىء وجهًا واحدًا، لأن دية ذلك دية مسلم، ولو كان الجانى امرأة على رجل فـالحكم على ما ذكرنا سواء، لأن ديتها نصف دية الرجل.

كإتلاف المال والقصاص باق له فى اليمين، ولا يقتص حتى تندمل اليسار فإن عفا وجب بدلها ويتقاصان وإن سرت اليسار إلى نفسه كـانت مضمونة بدية كاملة وقد تعذر قطع اليمنى ووجب له نصف الدية فـيتقـاصان به ويبـقى نصف الدية لورثة الجانى، فـإن اختلفـا فى بذلها فـقال الجانى: إنما بذلها بدلاً عن اليمين، وقال للمجنى عليه: بذلتها بغير عوض أو قال: أخرجتها دهشة بل عالمًا فـالقول قول الجانى، لأنه أعلم بنيته، ولأن الظـاهر أن الإنسان لا يبذل طرفه للقطع تبرعًا مع أن عليه قطعًا مستحقًا، وهذا مذهب الشافعى.

20- **مسألة:** (وإن كان من عليه القصاص مجنونًـا مثل من يجن بعد وجوب القصاص عليه فـعلى قاطعها للـقود إن كان عالمًـا بها وإنها لا تجزئ، لأنـه قطعها تعديًا بغـير حق، وإن جهل أحدهما فعليه الدية، لأن بذل المجنون ليس بشبهة).

21- **مسألة:** (وإن كان من له القصـاص مجنونًا ومن عليه القصاص عاقـلاً فأخرج إليه يساره أو يمينه فقطعها ذهبت هدرًا).

لأنه لا يصح منه الاستيفاء، ولا يجوز البذل له ولا ضمان عليه، لأنه أتلفها ببذل صاحبها لكن إن كان المقطوع اليمنى فقد تعذر استيفاء القصاص فيها لتلفها فتكون للمجنون ديتها.

فـصـل: فإن وثب المجنون عليه فـقطع يده التى لا قصاص فيها فعلى عـاقلته ديتها، وله القصاص فى الأخرى، وإن قطع الأخرى فهو مستوف حقه فى أحد الوجهين، لأن حقه متعين فيها، فإذا أخذها قهرًا سقط حقه كما لو أتلف وديعته، والثـانى: لا يسقط حقه وله عقل يده وعقل يد الجانى على عاقلته، لأن المجنون لا يصح منه الاستـيفاء ويفارق الوديعة إذا أتلفها، لأنها تلفـت بغير تفـريط وليس لها بدل إذا تلفت بذلك واليـد بخلافـه، وإنها لو تلفت بغـير تفريط كانت علـيه ديتها وكذلك الحكم فى الصـغير، فإن اقتـصّا مما لا تحملـه العاقلة سقط حقهما وجهًا واحدًا وقد ذكرناه.

فصل: الثالث: استواؤهما فى الصحة والكمال، لأن القصاص يعتمد المماثلة فلا تؤخذ صحيحة بشـلاء ولا كاملة الأصابع بناقصة ولا ذات أظفار بما لا أظفار لها ولا عـين صحيحة بقـائمة، ولا لسـان بأخرسَ، ولا نعلم أحـدًا من أهل العلم قال بوجـوب قطع يد أو رجل أو

فصل: إذا قطع يد رجل من الكوع ثم قطعها آخر من المرفق فمات بسرايتهما فلوليه قتل القاطعين، وليس له أن يقطع طرفيهما فى أحد الوجهين، وفى الآخر له قطع يد القاطع من الكوع، فإن قطعها ثم عفا عنه فله نصف الدية، وأما الآخر فإن كانت يده مقطوعة من الكوع فقطعها من المرفق ثم عفا فله دية إلا قدر الحكومة فى الذراع، ولو كانت يد القاطع من المرفق صحيحة لم يجز قطعها رواية واحدة، لأنه يأخذ صحيحة بمقطوعة، وإن قطع أيديهما وهما صحيحتان أو قطع رجلان يديه فقطع يديهما ثم سرت الجناية فمات من قطعهما فليس لوليه العفو على الدية، لأنه قد استوفى ما قيمته دية وإن اختار قتلهما فله ذلك.

فصل: ولا يجوز أن يقتص من حامل قبل وضعها، سواء كانت حاملاً وقت الجناية أو حملت بعدها قبل الاستيفاء وسواء كان القصاص فى النفس أو فى الطرف أما فى النفس فلقول الله تعالى: ﴿فَلا يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ﴾ (الإسراء: ٣٣) وقتل الحامل قتل لغير القاتل فيكون إسرافًا.

لسان صحيح بأشل، إلا ما حكى داود أنه أوجب ذلك لاشتراكهما فى الاسم فأخذ به كالأذنين.

ولنا: أن الشلاء لا نفع فيها سوى الجمال فلا تؤخذ بما فيه نفعه كالعين الصحيحة لا تؤخذ بالقائمة، وما ذكر له قياس وهو لا يقول بالقياس وإذا لم يوجب القصاص فى العينين مع قوله تعالى: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ لأجل تفاوتهما فى الصحة والعمى فلأن لا يوجب ذلك فيما لا نص فيه أولى.

فصل: ولا تؤخذ يد كاملة الأصابع بناقصة الأصابع فلو قطع من له خمس أصابع يد من له أربع أو ثلاث أو قطع من له أربع أصابع يد من له ثلاث لم يجب القصاص لأنها فوق حقه، وهل له أن يقطع من أصابع الجانى بعدد أصابعه؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما إذا قطع من نصف الكف، وإن قطع ذو اليد الكاملة يدًا فيها أصبع شلاء وباقيها صحاح لم يجز أخذ الصحيحة بها، لأنه أخذ كامل بناقص، وفى الاقتصاص من الأصابع الصحاح وجهان؟ فإن قلنا: له أن يقتص فله الحكومة فى الشلاء وأرش ما تحتها من الكف، وهل يدخل ما تحت الأصابع الصحاح فى قصاصها أو تجب به حكومة؟ فيه وجهان.

فصل: وإن قطع اليد الكاملة ذو يد فيها أصبع زائدة وجب القصاص فيها، ذكره ابن حامد، لأن الزائدة عيب ونقص فى المعنى فلم يمنع وجودها القصاص منها كالسلعة فيها والجراح، واختار القاضى أنها لا تقطع بها، وهو مذهب الشافعى، لأنها زيادة، فعلى هذا إن كان للمجنى عليه أيضًا أصبع زائدة فى محل الزائدة من الجانى وجب القصاص لاستوائهما، وإن كانت فى غير محلها ولم يكن للمجنى عليه أصبع زائدة لم تؤخذ يد الجانى وهل يملك قطع الأصابع؟ ينظر، فإن كانت الزائدة ملصقة بإحدى الأصابع فليس له قطع تلك الأصبع، لأن فى قطعها إضرارًا بالزائدة، وهل له قطع الأصابع الأربع؟ على وجهين، وإن لم تكن

وروى ابن ماجه(٢٩) بإسناده عن عبد الرحمن بن غنم قال ثنا معاذ بن جبل وأبو عبيدة بن الجراح وعبادة بن الصامت وشداد بن أوس قالوا: إن رسول الله ﷺ قال: «إذا قتلت المرأة عمداً لم تقتل حتى تضع ما فى بطنها إن كانت حاملاً وحتى تكفل ولدها، وإن زنت لم ترجم حتى تضع ما فى بطنها وحتى تكفل ولدها» وهذا نص، ولأن النبى ﷺ قال للغامدية المقرة بالزنا: «ارجعى حتى تضعى ما فى بطنك ـ ثم قال لها ـ ارجعى حتى ترضعيه»(٣٠) ولأن هذا إجماع من أهل العلم لا نعلم بينهم فيه اختلافًا.

وأما القصاص فى الطرف فلأننا منعنا الاستيفاء فيه خشية السراية إلى الجانى أو إلى زيادة فى حقه فلأن تمنع منه خشية السراية إلى غير الجانى تفويت نفس معصومة أولى وأحرى،

ملصقة بواحدة منهن فهل له قطع الخمس؟ على وجهين، وإن كانت الزائدة نابتة فى أصبع فى أنملتها العليا لم يجز قطعها، وإن كانت نابتة فى السفلى أو الوسطى فله قطع ما فوقها من الأنامل فى أحد الوجهين ويأخذ أرش الأنملة التى تعذر قطعها فى أحد الوجهين ويتبع ذلك خمس الكف.

فصل: وإن قطع ذو يد لها أظفار يد من لا أظفار له لم يجز القصاص، لأن الكاملة لا تؤخذ بالناقصة، وإن كانت المقطوعة ذات أظفار إلا أنها خضراء أو مستحشفة أخذت بها السليمة، لأن ذلك علة ومرض، والمرض لا يمنع القصاص بدليل أنَّا نأخذ الصحيح بالسقيم.

22- مسألة: (ولا تؤخذ عين صحيحة بقائمة ولا لسان ناطق بأخرس ولا ذكر صحيح بأشل).

لأنها ليست مماثلة لها، ولأنه يأخذ أكثر من حقه فأشبهت اليد الصحيحة بالشلاء لا تؤخذ بها.

23- مسألة: (ولا يؤخذ ذكر فحل بذكر خصى ولا عنين).

ذكره الشريف وهو قول مالك، لأنه لا منفعة فيهما فإن ذكر العنين لا يوجد منه وطء ولا إنزال، والخصى لا يولد له ولا يكاد يقدر على الوطء ولا ينزل فهما كالأشل، ولأن كل واحد

---

(٢٩) أخرجه ابن ماجه فى «الديات» (٢/ ح ٢٩٩٤) من طريق أبى صالح عن ابن لهيعة عن ابن أنعم عن عبادة بن نسى عن عبد الرحمن بن غنم ثنا معاذ بن جبل وأبو عبيدة بن الجراح وعبادة بن الصامت وشداد بن أوس أن رسول الله ﷺ . . . فذكره. وهذا إسناد ضعيف مسلسل بالضعفاء من أول أبى صالح، وهو عبد الله بن صالح كاتب الليث، وفيه ابن أنعم واسمه عبد الرحمن بن زياد بن أنعم، كلهم ضعفاء، ولكن للحديث شاهد قوى صحيح وهو الآتى بعده أخرجه مسلم وأحمد وأبو داود وغيره. . .

(٣٠) أخرجه مسلم فى «الحدود» (٣/ ٢٢/ ١٣٢١ - ١٣٢٣) وأبو داود فى «سننه» (٤/ ح٤٤٤٢) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ٣٤٧، ٣٤٨) ومالك فى «الموطأ» (٢/ ٥/ ٨٢١، ٨٢٢) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٢٢٩).

ولأن فى القصاص منها قـتلاً لغير الجانى وهو حرام، وإذا وضعت لم تـقتل حتى تسقى الولد اللبأ، لأن الولد لا يعيش إلا فى الغـالب ثم إن لم يكن للولد من يرضعه لم يجز قـتلها حتى يجىء أوان فطامه لمـا ذكرنا من الخبريـن، ولأنه لما أخر الاستـيفاء لحفظه وهو حـمل فلأن يؤخر لحفظـه بعد وضعه أولى إلا أن يكون القصـاص فيما دون النفس ويكون الغـالب بقاؤها وعدم ضرره بالاستـيفاء منها فيـستوفى، وإن وجد له مرضـعة راتبة جاز قتلهـا، لأنه يستغنى بلبنها، وإن كانت مترددة أو جماعة يتناوبنه أو أمكن أن يسقى من لبن شاة أو نحوها جاز قتلها ويستحب للولى تأخيرها لما على الولد من الضرر لاختلاف اللبن عليه وشرب لبن البهيمة.

فصل: وإذا ادعت الحمل ففيه وجهان: **أحدهما:** تحبس حتى يتبين حملها لأن للحمل أمارات خفية تعلمها من نفسها ولا يعلمها غيرها فوجب أن يحتاط للحمل حتى يتبين انتفاء ما ادعته، ولأنه أمر يختصها فـقبل قولها فيه كالحيض، **والثـانى:** ذكره القـاضى أنها ترى أهل الخبرة فـإن شهدن بحملها أخرت، وإن شـهدن ببراءتها لم تؤخر، لأن الحق حال علـيها فلا يؤخر بمجرد دعواها.

فـصـل: وإن اقتص من حامل فـقد أخطأ، وأخطأ السلطان الذى مكنه من الاستـيفاء، وعليهما الإثم إن كـانا عالمين أو كان منهما تفريط، وإن علم أحدهمـا أو فرط فالإثم عليه ثم نظر، فإن لم تلق الولد فلا ضمان فيه، لأنَّا لم نتحقق وجوده وحياته، وإن انفصل ميتًا أو حيًّا لوقت لا يعيش فى مـثله ففيـه غرة، وإن انفصل حـيًّا لوقت يعيش مثـله ثم مات من الجناية وجبت فيه دية، وعلى من يجب ضمانه؟ نتظر فإن كان الإمام والولى عالمين بالحمل وتحريم

منهمـا ناقص فلا يؤخذ به الكامـل كاليد الناقـصة بالكاملة، ويحتـمل أن يؤخذ بهمـا قال أبو الخطاب: يؤخذ غـيرهمـا بهما فى أحـد الوجهين، وهو مـذهب الشافـعى، لأنهما عـضوان صحيحان ينقبضان وينبسطان فيؤخذ بهـما غيرهما كذكر الفحل غير العنين، وإنما عدم الإنزال لذهاب الخصـية والعنة لعلة فى الظهر فلم يمنـع ذلك من القصاص بهمـا كأذن الأصم وأنف الأخشم، وقال الـقاضى: لا يؤخذ ذكر الفـحل بالخصى لتحقق نقـصه والإياس من برئه وفى أخذه بذكر العنين وجهان:

أحدهما: يؤخذ به الصحيح، لأنه غير مأيوس من زوال عنته، ولذلك يؤجل سنة بخلاف الخطأ، والصـحيح الأول، لأنه إذا ترددت الحال بيـن كونه مسـاويًا للآخر وعـدمه لم يجب القصاص، لأن الأصل عدمه فـلا يجب بالشك سيما وقد حكمنا بانتفاء التـساوى لقيام الدليل على عنته وثبوت عنته، ويؤخذ كل واحد من الخصى والعنين بمثله لستاويهما كما يؤخذ العبد بالعبد والذمى بالذمى.

24- **مسألة:** (الأمارن الأشم الصحيح فإنه يؤخذ بأنف الأخشم الذى لا يشم).

لأن ذلك لعلة فى الدماغ والأنف صحيح كما تؤخذ أذن السميع بأذن الأصم لكون ذهاب

الاستـيفاء أو جـاهلين بالأمرين أو بأحـدهما أو كـان الولى عالمًا بذلك دون المـمكن له من الاستيفـاء فالضمان عليه وحده، لأنه مـباشر والحاكم الممكن له صاحب سـبب ومتى اجتمع المباشر مع الـمتسبب كان الضمان على المـباشر دون المتسبب كـالحافر مع الدافع، وإن علم الحاكم دون الولى فـالضمـان على الحاكم وحده، لأن المـباشر مـعذور فكان الضـمان على المتسبب كالسيـد إذا أمر عبده بالقتل والعبد أعجمى لا يعرف تحريم القـتل وكشهود القصاص إذا رجعوا عن الشهـادة بعد الاستيفاء، وقال القـاضى: إن كان أحدهما عالمًا وحـده فالضمان عليه وحده، وإن كانا عالمين فـالضمان على الحاكم، لأنه الذى يعرف الأحكام، والولى إنما يرجع إلى حكمه واجتهاده، وإن كانا جاهلين ففيه وجهان: أحدهما: الضمان على الإمام كما لو كانا عالمين، والثاني: على الولى وهذا مذهب الشافعى.

وقال أبو الخطاب: الضمـان على الحاكم ولم يفرق، وقال المـزنى: الضمان على الولى فى كل حال، لأنه المباشر والسبب غير ملجئ فكان الضـمان عليه كالحافر مع الدافع وكما لو أمر من يعلم تحريم القتل به فقتل، وقد ذكرنا ما يقتضى التفريق، والله أعلم.

١٤٥٢- **مسألة:** قال: (وإذا كان القاطع سالم الطرف والمقطوعة شلاء فلا قود).

لا نعلم أحدًا من أهل العلم قـال بوجوب قطع يد أو رجل أو لسان صحـيح بأشل إلا ما حكى عن داود أنه أوجب ذلك، لأن كل واحد منهما مسمى باسم صاحبه فيؤخذ به كالأذنين.

ولنا: أن الشلاء لا نفع فيها سـوى الجمال فلا يؤخذ بها ما فيه نفع كالصـحيحة لا تؤخذ بالقائمة وما ذكـر له قياس وهو لا يقول بالقياس وإذا لم نوجب القـصاص فى العينين مع قول

السـمع نقص فى الرأس، لأنه مـحله وليس بنقص فى الأذن، ويؤخـذ الصـحيـح بالمخـروم والمستحشف، لأن كونه مستحشفًا مرض فلا يمنع من أخذه به، لأنه يقوم مقام الصحيح.

25- **مسألة:** (وتؤخذ أذن السميع بأذن الأصم لما ذكرنا).

وتؤخذ الأذن المسـتحشفة بالصـحيحة، وهل تؤخذ بها الصـحيحة؟ كاليـد الشلاء وسائر الأعضاء، والثاني: تؤخذ بها، لأن المقصود جمع الصوت وحفظ محل السمع والجمال وهذا يحصل بها كحصوله بالصحيحة بخلاف سائر الأعضاء.

26- **مسألة:** (ويؤخذ المعيب من ذلك كله بالصحيح وبمـثله إذا أمن من قطع الشلاء التلف).

إذا كان القاطع أشل والمقطوعة سالمة، فـإن شاء المجنى عليه أخذ الدية فله أخذ دية لا نعلم فيه خلافًا، لأنه عجز عن استيـفاء حقه على الكمال بالقصاص فكانت له الدية كما لو لم يكن للقاطع يد وهذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى، وإن اختار القصاص سئل أهل الخبرة، فإن قالوا: إنه إذا قطع لم تنسد العروق، ويدخل الهواء إلى البدن فيفسده سقط القصاص، لأنه لا يجوز أخـذ نفس بطرف، وإن أمن هذا فله القصاص، لأنه رضى بدون حـقه فكان له ذلك

الله تعالى: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ (المائدة: ٤٥) لأجل تفاوتهما فى الصحة والعمى فلأن لا يجب ذلك فيما لا نص فيه أولى.

فصل: وإن قطع أذنًا شلاء أو أنفًا أشل فهل يؤخذ به الصحيح؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يؤخذ به كسائر الأعضاء، والثانى: يؤخذ به، لأن نفعه لا يذهب بشلله، فإن نفع الأذن جمع الصوت ورد الهوام وستر موضع السمع، ونفع الأنف جمع الريح ورد الهواء أو الهوام فقد ساوى الصحيح فى الجمال والنفع فوجب أخذ كل واحد منهما بالآخر كالصحيح بالصحيح بخلاف اليد والرجل، وللشافعى قولان كالوجهين.

فصل: ولا تؤخذ يد كاملة الأصابع بناقصة الأصابع، فلو قطع من له خمس أصابع يد من له أربع أو ثلاث أو قطع من له أربع أصابع يد من له ثلاث لم يجب القصاص، لأنها فوق حقه، وهل له أن يقطع من أصابع الجانى بعدد أصابعه؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما إذا قطع من نصف الكف، وإن قطع ذو اليد الكاملة يدًا فيها أصبع شلاء وباقيها صحاح لم يجز أخذ الصحيحة بها، لأنه أخذ كامل بناقص وفى الاقتصاص من الأصابع الصحاح وجهان، فإن قلنا: له أن يقتص فله الحكومة فى الشلاء وأرش ما تحتها من الكف وهل يدخل ما تحت الأصابع الصحاح فى قصاصها أو تجب فيه حكومة؟ على وجهين.

فصل: وإن قطع اليد الكاملة ذو يدٍ فيها إصبع زائد وجب القصاص فيها ذكره أبو عبد الله بن حامد، لأن الزائدة عيب ونقص فى المعنى يرد بها المبيع فلم يمنع وجودها القصاص منها كالسلعة فيها والخراج واختار القاضى أنها لا تقطع بها وهو مذهب الشافعى، لأنها زيادة،

كما لو رضى المسلم بالقصاص من الذمى والحر من العبد ولا يجب له مع القصاص أرش لأن الشلاء كالصحيحة فى الخلقة، وإنما نقصت فى الصفة فلم يكن له أرش كالصورتين المذكورتين، واختار أبو الخطاب: أن له الأرش مع القصاص على قياس قوله فى عين الأعور إذا قلعت لأنه أخذ الناقص بالزائد والأول أصح، وهو اختيار الخرقى فإن إلحاق هذا الفرع بالأصول المتفق عليها أولى من إلحاقه بفرع مختلف فيه خارج عن الأصول مخالف للقياس.

فصل: وتؤخذ الشلاء بالشلاء إذا أمن فى الاستيفاء الزيادة، وقال أصحاب الشافعى لا تؤخذ بها فى أحد الوجهين، لأن الشلل علة والعلل يختلف تأثيرها فى البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما.

ولنا: أنهما متماثلان فى ذات العضو وصفته فجاز أخذ إحداهما بالأخرى كالصحيحة بالصحيحة.

27- **مسألة:** (وتؤخذ الناقصة بالناقصة إذا تساوتا فيه بأن يكون المقطوع من يد الجانى كالمقطوع من يد المجنى عليه).

لأنهما تساوتا فى الذات والصفة، فإن اختلفا فكان المقطوع من يد أحدهما الإبهام ومن

فعلى هذا: إن كان للمجنى عليه أيضًا إصبع زائدة فى محل الزائدة من الجانى وجب القصاص لاستوائهما، وإن كانت فى غير محلها أو لم يكن للمجنى عليه إصبع زائدة لم تؤخذ يد الجانى، وهل يملك قطع الأصابع؟ ننظر فإن كانت الزائدة ملصقة بأحد الأصابع فليس له قطع تلك الأصابع، لأن فى قطعها إضراراً بالزائدة وهل له قطع الأصابع الأربع؟ على وجهين، وإن لم تكن ملصقة بواحدة منهن فهل له قطع الخمس؟ على وجهين، وإن كانت الزائدة ثابتة فى أصبع فى أنملتها العليا لم يجز قطعها، وإن كانت نابتة فى السفلى أو الوسطى فله قطع ما فوقها من الأنامل فى أحد الوجهين ويأخذ أرش الأنملة التى تعذر قطعها فى أحد الوجهين ويتبع ذلك خمس الكف.

فصل: **وإن قطع ذو يد لها أظفار يد من لا أظفار له لم يجز القصاص**، لأن الكاملة لا تؤخذ بالناقصة، وإن كانت المقطوعة ذات أظفار إلا أنها خضراء أو مستحشفة أخذنا بها السليمة، لأن ذلك علة ومرض والمرض لا يمنع القصاص بدليل أنا نأخذ الصحيح بالسقيم.

١٤٥٣- **مسألة:** قال: **(وإن كان القاطع أشل والمقطوعة سالمة فشاء المظلوم أخذها فذلك له ولا شيء له غيرها وإن شاء عفا وأخذ دية يده)**.

أما إذا اختار الدية فله دية يده لا نعلم فيه خلافًا لأنه عجز عن استيفاء حقه على الكمال بالقصاص فكانت له الدية كما لو لم يكن للقاطع يد، وهذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى، وإن اختار القصاص سئل أهل الخبرة فإن قالوا: إنه إذا قطع لم تنسد العروق ودخل الهواء إلى البدن فأفسده سقط القصاص، لأنه لا يجوز أخذ نفس بطرف وإن أمن هذا فله القصاص، لأنه

الأخرى أصبع غيرها لم يجب القصاص لأن فيه أخذ أصبع بغيرها، وإن كانت إحداهما ناقصة أصبعًا والأخرى ناقصة تلك الأصبع وغيرها جاز أخذ الناقصة أصبعين بالناقصة أصبعًا، وهل له أخذ أصبعه الزائدة؟ فيه وجهان، ولا يجوز أخذ الأخرى بها لأن الكاملة لا تؤخذ بالناقصة.

28- **مسألة:** **(وتؤخذ الناقصة بالكاملة لأنها دون حقه، وهل له أخذ دية الأصابع الناقصة؟ على وجهين)** :**أحدهما**: له ذلك، وهو قول الشافعى واختيار ابن حامد، **والثانى**: ليس له مع القصاص أرش، وهو مذهب أبى حنيفة وقياس قول أبى بكر لئلا يفضى إلى الجمع بين قصاص ودية فى عضو واحد.

وقال القاضى: قياس قوله القصاص كقوله فيمن قطعت يده من نصف الذراع وليس هذا كذلك، لأنه يقتص من وضع الجناية ويضع الحديدة فى موضع وضعها الجانى فملك ذلك كما لو جنى عليه فوق الموضحة أو كان رأس الشاج أصغر أو أخذ الشلاء بالصحيحة، ويفارق القاطع من نصف الذراع، لأنه لا يمكنه القصاص من موضع الجناية هكذا حكاه الشريف عن أبى بكر.

فصل: وإن كانت يد القاطع والمجنى عليه كاملتين وفى يد المجنى عليه أصبع زائدة

رضى بدون حقه فكان له ذلك كما لو رضى المسلم بالقصاص من الذمى والرجل من المرأة والحر من العبد وليس له مع القصاص أرش، لأن الشلاء كالصحيحة فى الخلقة وإنما نقصت فى الصفة فلم يكن له أرش كالصور التى ذكرناها، وقال أبو الخطاب: عندى له أرش مع القصاص على قياس قوله فى عين الأعور والأول أصح، فإن إلحاق هذا الفرع بالأصول المتفق عليها أولى من إلحاقه بفرع مختلف فيه خارج عن الأصول مخالف للقياس.

فصل: وتؤخذ الشلاء بالشلاء إذا أمن فى الاستيفاء الزيادة، وقال أصحاب الشافعى لا تؤخذ بها فى أحد الوجهين، لأن الشلاء عليلة والعلل يختلف تأثيرها فى البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما.

ولنا: أنهما متماثلان فى ذات العضو وصفته فجاز أخذ إحداهما بالأخرى كالصحيحة بالصحيحة.

فصل: وتؤخذ الناقصة بالناقصة إذا تساوتا فيه بأن يكون المقطوع من يد الجانى كالمقطوع من يد المجنى عليه، لأنهما تساوتا فى الذات والصفة، فأما إن اختلفا فكان المقطوع من يد أحدهما الإبهام ومن الأخرى أصبع غيرها لم يجز القصاص، لأن فيه أخذ أصبع بغيرها، وإن كانت يد أحدهما ناقصة أصبعًا، والأخرى ناقصة تلك الأصبع فأخرى جاز أخذ الناقصة أصبعين بالناقصة أصبعًا، وهل له أرش أصبعه الزائدة؟ فيه وجهان، ولا يجوز أخذ الأخرى بها، لأن الكاملة لا تؤخذ بالناقصة.

فعلى قول ابن حامد لا عبرة بالزائدة، لأنها بمنزلة الخراج والسلعة وعلى قول غيره له قطع يد الجانى وهل له حكومة فى الزائدة؟ على وجهين، وإن قطع من له خمس أصابع أصلية كف من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة أو قطع من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة كف من له خمس أصابع أصلية فلا قصاص فى الصورة الأولى، لأن الأصلية لا تؤخذ بالزائدة وله القصاص فى الصورة الثانية فى قول ابن حامد، لأن الزائدة لا عبرة بها، وقال غيره: إن لم تكن الزائدة فى محل الأصلية فلا قصاص أيضًا، لأن الأصبعين مختلفان، وإن كانت فى محل الأصلية فقال القاضى: يجرى القصاص وهو مذهب الشافعى ولا شىء له لنقص الزائدة، قال شيخنا: وهذا فيه نظر، لأنها متى كانت فى محل الأصلية كانت أصلية، لأن الزائدة هى التى زادت عن عدد الأصابع أو كانت فى غير محل الأصابع، وهذا له خمس أصابع فى محلها فكانت كلها أصلية، فإن قالوا معنى كونها زائدة أنها ضعيفة مائلة عن سمت الأصابع، قلنا: ضعفها لا يوجب كونها زائدة كذكر العنين وأما ميلها عن سمت الأصابع فإنها لم تكن نابتة من محل الأصبع المعدومة فسد قولهم أنها فى محلها، وإن كانت نابتة فى موضعها وإنما مال رأسها أو اعوجت فهو مرض لا يخرجها عن كونها أصلية.

فصل: إذا قطع أصبعه فأصابه من جرحها أكلة فى يده وسقطت من مفصل ففيها

فصل: ويجوز أخذ الناقصة بالكاملة، لأنها دون حقه وهل له أخذ دية الأصابع الناقصة؟ على وجهين: أحدهما: له ذلك وهو قول الشافعى، واختيار ابن حامد، والثانى: ليس له مع القـصاص أرش، وهو مـذهب أبى حنيفـة وقيـاس قول أبى بكر لئـلا يفضى إلى الجـمع بين القصاص ودية فى عـضو واحد، وقال القـاضى: قياس قوله: سقـوط القصاص كقـوله فيمن قطعت يده من نصف الذراع، وليس كذلك، لأنه يقتص من موضع الجناية ويضع الحديدة فى موضع وضعها الجانى فملك ذلك كما لو جنى عليه فوق الموضحة أو كان رأس الشاج أصغر أو أخذ الشلاء بالصحيحة، ويفارق القاطع من نصف الذراع لأنه لا يمكنه القصاص من موضع الجناية، هكذا حكاه الشريف عن أبى بكر.

فـصل: وإن كانت يد القاطع والمجنـى عليه كاملتين، في يد المجنى عليه أصبع زائدة فعلى قول ابن حامد لا عبرة بالزائدة، لأنهـا بمنزلة الخراج والسلعة، وعلى قول غيره له قطع يد الجانى وهل له حـكومة فى الزائدة؟ على وجهـين، وإن قطع من له خمس أصـابع أصلية كف من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة أو قطع من له أربع أصابع وأصبع زائدة كف من له خـمس أصابع أصليـة فـلا قصـاص فى الصورة الأولى، لأن الأصلـية لا تؤخـذ بالزائدة وله القصاص فى الصـورة الثانية فى قول ابن حـامد، لأن الزائدة لا عبرة بها، وقـال غيره: إن لم تكن الزائدة فى محل الأصلية فلا قصاص أيضًا، لأن الأصبعين مختلفان، وإن كانت فى محل الأصلية فقال القاضى: يجرى القصاص وهو مذهب الشافعى ولا شىء له لنقص الزائدة، وهذا فيه نظر، فإنها متى كانت فى محل الأصلية كانت أصلية، لأن الزائدة هى التى زادت عن عدد الأصابع أو كـانت فى غيـر محل الأصـابع، وهذا له خمس أصابـع فى محلها فكانـت كلها أصلية، فإن قالوا: معنى كـونها زائدة أنها ضعيفة مائلة عن سمت الأصـابع، قلنا: ضعفها لا يوجب كونهـا زائدة كذكـر العنين، وأما ميلهـا عن الأصابع فـإنها إن لم تكن نابتـة فى محل الأصبع المعدومة فسد قولهم إنها فى محلهـا، وإن كانت نابتة فى موضعها، وإنما مال رأسها واعوجت فهذا مرض لا يخرجها عن كونها أصلية.

القصاص على ما نذكره فى سراية الجناية، وإن بادر صاحبها فقطعها من الكوع لئلا تسرى إلى سائر جـسده ثم اندمل جرحـه فعلى الجانى الـقصاص فى الأصـبع والحكومة فيـما تأكل من الكف ولا شىء عليه فيما قطعه المجنى عليه، لأنه تلف بفعله، وإن لم تندمل ومات من ذلك فالجانى شـريك نفسه فيحتـمل وجوب القصاص عليه ويحتـمل أن لا يجب بحال، لأن فعل المجنى عليه إنما قصد به المصلحة فهـو عمد الخطأ وشريك الخاطئ لا قصاص عليه ويكون عليه نصف الدية، وإن قطع المجنى عليـه موضع الأكلة نظرت فإن قطع لحمًا مـيتًا ثم سرت الجناية فالقصـاص على الجانى، لأنه سراية جرحـه خاصة وإن كان فى لحم حى فمـات فهو كما لو قطعها خوفًا من سرايتها وقد ذكرناه.

فـــصـل: وإذا قطع أصبعـه فأصابه من جرحهـا أكلة فى يده وسقطت من مفصل ففـيها القصاص، وإن بادرها صاحبها فقطعهـا من الكوع لئلا تسرى إلى سائر جسده ثم اندمل جرحه فعلى الجانى القصـاص فى الأصبع والحكومة فيما تأكل من الكف ولا شىء عليه فـيما قطعه المجنى عليه، لأنه تلف بفـعله، وإن لم يندمل ومات من ذلك فالجانى شريك نفسه فـيحتمل وجوب القصاص عليـه ويحتمل أن لا يجب بحال، لأن فعل المجنى إنما قـصد به المصلحة فهو عمد الخطأ وشريك الخاطئ، لا قصاص عليه ويكون عليه نصف الدية، وإن قطع المجنى عليه موضع الأكلة نظرت فإن قـطع لحمًا ميتًا ثم سرت الجناية فـالقصاص على الجانى، لأنه سراية جـرحه خاصـة، وإن كان فى لحم حى فمـات فالحكم فـيه كمـا لو قطعها خـوفًا من سرايتها.

فـصل: وإذا قطع أنملة لها طرفان إحداهما زائدة والأخرى أصلية فإن كانت أنملة القاطع ذات طرفين أيضًـا أخذت بها، وإن لم تكن ذات طرفين قطعت وعليـه حكومة فى الزائدة وإن كانت المقطوعـة ذات طرف واحد وأنملة القاطع ذات طرفين أخذت بها فـى قول ابن حامد، وعلى قول غيره لا قـصاص فيها وله دية أنملته، وإن ذهب الطرف الزائد فله الاسـتيفاء، وإن قال أنا أصبر حتى يذهب الزائد ثم اقتص فله ذلك، لأن القصـاص حقه فلا يجبر على تعجيل استيفائه.

فـصل: إذا قطع أنملة لها طرفان إحداهما زائدة والأخرى أصلية، فإن كانت أنملة القاطع ذات طرفين أيضًـا أخذت بها، وإن لم تكن ذات طرفين قطعت وعليـه حكومة فى الزائدة وإن كانت المقطوعـة ذات طرف واحد وأنملة القاطع ذات طرفين أخذت بها فـى قول ابن حامد، وعلى قول غيره لا قصاص فيها وله دية أنملة، وإن ذهب الطرف الزائد فله الاستيفاء وإن قال: أنا أصبـر حتى يذهب الزائد ثم اقتص فله ذلك، لأنه القـصاص حقـه فلا يجبر على تعـجيل استيفائه.

29- **مـسـألة:** (وإن اختلفا فى شلل العـضو وصحته فالقول قول الـمجنى عليه فى أحد الوجهين).

لأن الظاهر من الناس سلامة الأعضاء وخلق الله تعالى لهم لصفة الكمال، والثانى: القول قول الجانى، لأن الأصل براءة ذمته من دية عضـو سالم، ولأنه لو كان سالمًا لم يخف، لأنه يظهر فيراه الناس.

فـصل: قال رحمه الله: وإن قطع بعض لسانه أو مارنه أو شفـته أو حشفته أو أذنه أخذ مثله يقدر بالأجزاء كالنصف والثلث والربع لقول الله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ (المائدة: ٤٥) وقال أبو الخطاب: لا يؤخذ بعض اللسان بالبعض ذكره صاحب المحرر.

فـصل: ولو قطع أنملة رجل العليا ثم قطع أنملة آخر الوسطى ثم قطع السفلى من ثالث فللأول القصاص من العلـيا ثم للثانى أن يقتص من الوسطى ثم للثالـث أن يقتص من السفلى سواء جاءُوا دفعة واحدة أو واحدًا بعد واحد، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا قصاص إلا فى العليا، لأنه لم يجب فى غيرها حال الجناية لتعذر اسـتيفائه فلم يجب بعد ذلك كما لو كان غير مكافئ حال الجناية ثم صار مكافئًا بعده.

ولنا: أن تعـذر القصاص لإيصـال محله بغـيره لا يمنعـه إذا زال الاتصال كمـا لو جنت الحامل ويفارق عدم التكافؤ، لأنه تعذر لمعنى فيـه وهـهنا تعذر لاتصال غيره به، فأما إن جاء صاحب الوسطى أو السـفلى يطلب القصاص قبل صـاحب العليا لم يعطه، لأن فى استـيفائه إتلاف أنملة لا يستحقها، وقيل لهما: إما أن تصبرا حتى تعلما ما يكون من الأول، فإن اقتص فلكما القصـاص، وإن عفا فلا قصاص لكمـا، وإما أن ترضيا بالعقل فإذا جـاء صاحب العليا فاقتص فللثانى الاقـتصاص، وحكم الثالث مع الثانى كحكم الثانى مع الأول، وإن عـفا فلهما العقل فـإن قالا: نحن نصبر وننظر بالقـصاص أن تسقط العليـا بمرض أو نحوه ثم نقتـصر لم

ولنا: أنه يؤخذ جميعه فأخذ بعضه ببـعضه كالأنف ولا يؤخذ بالمساحة، لأنه يفضى إلى أخذ لسان الجانى جميعه ببعض لسان المجنى عليه.

30- **مسألة:** (وإن كسر بعض سنه برد من سن الجانى مثله إذا أمن قلعها).

يجرى القصاص فى بعض السن لحديث الربيع حـين كسرت سن جارية فأمر النبى ﷺ بالقصاص وبقـدر ذلك بالأجزاء النصف بالنصف وكل جزء بمثله ولا يؤخذ بالسـاحة ليلاً لئلا يفضى إلى أخذ جـميع سن الجانى ببعض سن المـجنى عليه ويكون القصاص بالمـبرد لتؤمن الزيادة فإنا لو أخذناها بالكسر لم نأمن أن ينصدع أو ينقلع أو ينكسـر من غير موضع القصاص ولا يقتص حتى يـقول أهل الخبرة إنه يؤمن انقـلاعها أو السواد فيـها، لأن توهم الزيادة يمنع القصاص فى الأعضاء كما لو قطعت يده من غير مفصل، فإن قيل: فقد أجزتم القصاص فى الأطراف مع توهم سرايتـها إلى النفس فلم منعتم منهـا لتوهم السراية منه إلى بعض العـضو، قلـنا: وهم السراية إلى النفس لا سبيل إلى التحرز منه فلو اعتبرناه فى المنع أفضى إلى سقوط القصاص فى الأطراف بالكلية فسقط اعتباره أما السراية إلى بعض العضو فتارة نقول: إنما ينفع القصاص فـيها احتمـال الزيادة فى الفعل لا فى السراية مثل من يسـتوفى من بعض الذراع فإنه يحتمل أكثر مما فعل به، وكذلك من كسر سنّا ولم يصدعها فكسر المستوفى سنة وصدعها أو قطعها أو كسـر أكثر مما كسر من سنه فـقد زاد على المثل والقصاص يعتـمد المماثلة، وتارة نقول: إن السراية فى بعض العضو إنمـا تمنع إذا كانت ظاهرة ومثل هذا يمنع فى النفس ولهذا منعناه من الاستيفاء بآلة كالة أو مسمومة وفى وقت إفراط الحر والبرد تحرزًا من السراية.

فـصل: وإن قلع سنّا زائدة وهى التى تنبت فضلة فى غير سمت الأسنان خارجة عنها إلى

يمنعا من ذلك، وإن قطع صاحب الوسطى الوسطى والعليا فعليه دية العليا تدفع إلى صاحب العليا، وإن قطع الأصبع كلها فعليه القصاص فى الأنملة الثالثة وعليه أرش العليا للأول وأرش السفلى على الجانى لصاحبها وإن عفا الجانى عن قصاصها وجب أرشها يدفعه إليه ليدفعه إلى المجنى عليه.

فصل: وإن قطع أنملة رجل العليا ثم قطع أنملتى آخر العليا والوسطى من تلك الأصبع فللأول قطع العليا، لأن حقه أسبق ثم يقطع الثانى الوسطى ويأخذ أرش العليا منه فإن بادر الثانى فقطع الأنملتين فقد استوفى حقه وتعذر استيفاء القصاص للأول وله الأرش على الجانى، وإن كان قطع الأنملتين أولاً قدمنا صاحبهما فقطعهما فى القصاص للأول وله الأرش على الجانى، وإن بادر صاحبهما فقطعهما فقد استوفى حقه وتقطع الوسطى للأول ويأخذ الأرش للعليا، ولو قطع أنملة رجل العليا، ولم يكن للقاطع عليا فاستوفى الجانى من الوسطى فإن عفا إلى الدية تقاصا وتساقطا، لأن ديتهما واحدة، وإن اختار الجانى القصاص فله ذلك

خداخد الفم أو إلى الشفة وكانت للجانى مثلها فى موضعها فللمجنى عليه القصاص أو حكومة فى سنه، وإن لم يكن له مثلها فى محلها فليس له إلا الحكومة، وإن كانت إحدى الزائدتين أكبر من الأخرى ففيه وجهان: **أحدهما:** لا تؤخذ بها، لأن الحكومة فيها أكثر فلا يقلع بها ما هو أقل قيمة منها، **والثانى:** تؤخذ بها، لأنها سنان متساويان فى الموضع فتؤخذ كل واحدة منهما بالأخرى كالأصليتين ولأن الله تعالى قال: ﴿وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ﴾ (المائدة: ٤٥) وهو عام فيدخل فيه محل النزاع وإن قلنا: يثبت القياس فى الزائدتين بالاجتهاد فالثابت بالاجتهاد معتبر بما ثبت بالنص واختلاف القيمة لا يمنع القصاص بدليل جريانه بين العبد وبين الذكر والأنثى فى النفس والأطراف على أن كبر السن لا يوجب كبر قيمتها فإن السن الزائدة نقص وعيب وكثرة العيب زيادة فى النقص لا فى القيمة، ولأن كبر السن الأصلية لا يزيد فى قيمتها فالزائدة كذلك.

31- **مسألة:** (ولا يقتص من السن حتى ييأس من عودها وهى سن من قد أثغر، أى سقطت رواضعه ثم نبتت، فإن قلع سن من لم يثغر لم يقتص من الجانى فى الحال، لأنها تعود بكم العادة فلم يجب ضمانها كالشعر).

32- **مسألة:** (فإن عاد بدل السن على صفتها فى موضعها فلا شىء على الجانى وإن مضى زمن عودها ولم تعد سئل أهل الخبرة، فإن قالوا: قد يئس من عودها خير المجنى عليه بين القصاص وبين دية السن).

33- **مسألة:** (وإن مات المجنى عليه قبل الإياس من عودها فلا قصاص).

لأن الاستحقاق غير متحقق فيكون ذلك شبهة فى درء القصاص وتجب الدية، لأن القطع موجود والعود مشكوك فيه.

ويدفع أرش العليا ويجىء على قــول أبى بكر أن لا يجب القصاص، لأن ديتهـما واحدة واسم الأنملة يشملها فتساقطا كقوله فى إحدى اليدين بدلاً عن الأخرى.

١٤٥٤ - **مـسألة:** قـال: (وإذا قتل وله وليـان بالغ وطفل أو غائب لم يقتل حـتى يقدم الغائب ويبلغ الطفل).

وجـملتـه أن ورثة القتيل إذا كانوا أكثر من واحد لم يجز لبـعضهم استيفاء القود إلا بإذن الباقين فإن كان بعضهم غائبًا انتظر قدومه، ولم يجز للحاضر الاستقلال بالاستيفاء بغير خلاف علمناه وإن كان بعضهم صغيرًا أو مجنونًا

فظاهر مذهب أحـمد رحمـه الله أنه ليس لغيـرهما الاسـتيفاء حتـى يبلغ الصغيـر ويفيق المجنون، وبهذا قــال ابن شبرمة وابن أبى ليلى والشافـعى وأبو يوسـف وإسحاق، ويروى عن عمر بن عبـد العزيز رحمه الله، وعن أحمد رواية أخـرى: للكبار العقلاء استـيفاؤه، وبه قال حماد ومالك والأوزاعى والليث وأبو حنيفة، لأن الحسن بن على ﷺ قتل ابن ملجم قصاصًا وفى الورثة صـغـار فلم ينكر ذلك[٣١]، ولأن ولاية القصاص هى اسـتحقاق استـيفائه وليس للصغير هذه الولاية.

34- **مسألة:** (فإن قطع سن كبير الماضى يُسأل أهل الخبرة).

فإن قالوا: لا نعود، فله القصــاص فى الحال وإن قالوا: يرجى عودها فى وقت معلوم لم يقتص حتى يأتى ذلك الوقت فإن لم تعد وجب القصاص.

35- **مسألة:** (وإن اقتص من سن فعادت غرم سن الجانى، لأنه قد تبين أن القصاص لم يكن يجب ويضمنها بالدية دون القصاص، لأنه لم يقصـد التعدى وإن عادت سن الجانى رد ما أخذ إذا لم تعد سن المجنى عليه).

36- **مسألة:** (وإن عادت سن المجنى عليه قصيرة أو معـيبة فعلى الجانى أرش نقصها بالحساب).

ففى نصـفها نصف ديتهـا ونحو ذلك، وإن عادت والدم يسـيل منها أو مائلة عن مـحلها ففـيهـا حكومة، لأنه نقص حصـل بفعله، وقد ذكـرنا هذه المسـائل فى مسألـة ويؤخذ السن بالسن.

فصل: قال رحمه الله: النوع الثانى: الجراح، فيجب القصاص فى كل جرح ينتهى إلى

(٣١) ذكره البيـهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٥٨) عن الشافعى، رحـمه الله، قال أبو يوسف عن رجل عن أبى جعـفر أن الحـسن بن على ﷺ قتل ابن ملجم فـقال ﷺ: قال أبو يوسـف، وكان لعلى ﷺ أولاد صغار. اهـ.

قـلـت: وهذا الإسناد فيه رجل لم يسم، والبيـهقى أيضًا قال بعض أصحابنا: إنما استـبعد الحسن بن على ﷺ بقتله قبل بلوغ الصغار من ولد على ﷺ، لأنه قتله حدًا لكفره لاقتصاصه. اهـ.

ولنا: أنه قصاص غير متحتم ثبت لجماعة معينين فلم يجز لأحدهم استيفاؤه استقلالاً كما لو كان بين حاضر وغائب أو أحد بدلى الـنفس فلم ينفرد به بعضهم كالدية، والدليل على أن للصغير والمجنون فيه حقّا أربعة أمور: أحدها: أنه لو كان منفردًا لاستحقه ولو نافاه الصغر مع غيره لنافاه منفردًا كولاية النكاح، والثانى: أنه لو بلغ لاستحق ولو لم يكن مستحقّا عند الموت لم يكن مستحقّا بعده كالرقيق إذا عتق بعد موت أبيه، والثـالث: أنه لو صار الأمر إلى المال لاستحق ولو لم يكن مستحقـا للقصاص لما استحق بدله كالأجنبى، والـرابـع: أنه لو مـات الصغير لاسـتحقه ورثته ولو لم يكن حقّا لم يرثه كـسائر ما لم يستحقه، فـأما ابن ملجم فقد قيل: إنه قتله بكفره، لأنـه قتل عليّا مستحلاً لدمـه معتقدًا كفره مـتقربًا بذلك إلى الله تعالى، وقيل: قـتله لسعيـه فى الأرض بالفساد وإظهـار السلاح فيكـون كقاطع الطريق إذا قـتل وقتله متحتم، وهو إلى الإمام، والحسن هو الإمام، ولذلك لم ينتظر الغائبين من الورثة، ولا خلاف بيننا فى وجوب انتظارهم، وإن قـدر أنه قتله قصاصًـا فقد اتفقنا على خلافـه فكيف يحتج به بعضنا على بعض.

عظم كالموضحة وجرح العضد والفخذ والساق والقدم لقول الله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ (المـائدة: ٤٥) فيجب فى كل جرح ينتهى إلى عظم يكن استيـفاؤه من غير زيادة كالموضحة فى الرأس والوجـه، وذلك لأن الله تعالى نص على القـصاص فى الـجروح فلو لم يجب هـهنا لسقط حكم الآية، وفى معنى المـوضحة كل جرح ينتهى إلى عظم فيـما سوى الرأس والوجه والساعد والعضد والفخذ والساق يجب فيها القصاص فى قول أكثر أهل العلم، وهو منصوص الشافعى، وقال بعض أصحابه: لا قصاص فيها، لأنه لا مقدر فيها وهو غير صحيح لمخالفته قوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ ولأنه أمكن استيفاؤه بغير حيف ولا زيادة لكونه ينتهى إلى عظم فأشبه الموضحـة، والتقدير فى الموضحة ليس هو المقتضى للقـصاص ولا عدمه مانعًا، وإنما كان التقـدير فى الموضحة لكثرة شينها وشـرف محلها، ولهذا قدر ما فوقـها من شجاج الرأس والوجه ولا قصاص فيه.

فـصـل: ولا يستوفى القصاص فيما دون النفس بالسيف ولا بآلة يخشى منها الزيادة سواء كان الجـرح بها أو بغـيرها، لأن القتل إنما استـوفى بالسيف، لأنه آلته وليس ثم شىء يخشى التعدى إليه فيجب أن يستوفى فيـما دون النفس بآلته ويتوقى ما يخشى منه الزيادة إلى محل لا يجوز استيفـاؤه، ولأنّا منعنا القصاص بالكلية فيما تخشى الزيادة فى اسـتيفائه فلأن نمنع الآلة التى يخشى منها ذلك أولى، فإن كان الجرح موضحة أو ما أشبهها فبالموسى أو حديدة ماضية معدة لذلك، ولا يستوفى إلا من له علم بذلك كالجرائحى ومن أشبه، فإن لم يكن للولى علم بذلك أمر بالاسـتنابة، وإن كان له علم فقـال القاضى: ظاهر كلام أحـمد أنه يمكن منه، لأنه أحد نوعى القـصاص فيـمكن من استيـفائه إذا كان يحـسن كالقتل ويحـتمل أن لا يمكن من

فـصـل: وإن كان الوارث واحدًا صغيرًا كصبى قتلت أمه وليست زوجة لأبيه فالقصاص له وليس لأبيه ولا غـيره شفاؤه، وبهـذا قال الشافـعى، وقال أبو حنيفـة ومالك: له استيـفاؤه، وكذلك الحكم فى الـوصى والحاكم فى الطرف دون النفس وذكر أبو الـخطاب فى موضع فى الأب روايتين وفى موضع وجهين:

أحدهما: كقولنا لأن القصاص أحد بدلى النفس فكان للأب استيفاؤه كالدية.

ولنا: أنه لا يملك إيقاع الطلاق بزوجتـه فلا يملك استيفاء القـصاص له كالوصى، ولأن القصد التـشفى ودرك الغيظ، ولا يحصل ذلك باسـتيفاء الولى، ويخـالف الدية، فإن الغرض يحصل باستـيفاء الأب له فافـترقا، ولأن الدية إنما يملك اسـتيفاءها إذا تعـينت والقصاص لا يتعين، فإنه يجوز العفو إلى الدية والصلح على مال أكثر منها وأقل، والدية بخلاف ذلك.

فـصـل: وكل موضع وجب تأخير الاستيفـاء فإن القاتل يحبس حتى يبلغ الصبى ويعقل المجنون ويقدم الغائب، وقد حبس معاوية هدبة بن خشرم فى قصاص حتى بلغ ابن القتيل فى عصـر الصحابة فلم ينكر ذلك، وبذل الحـسن والحسين وسعـيد بن العاص لابن القتـيل سبع

استيفائه بنفسه ولا يليه إلا نائب الإمام أو من يستنيبه ولى الجناية، وهو مذهب الشافعى، لأنه لا يؤمن من العداوة وقصـد التشفى أن يحيف فى الاستـيفاء بما لا يمكن تلافيـه وربما أفضى إلى النزاع والاختلاف بأن يدعى الجانى الزيادة وينكرها المستوفى.

37- مـسـألة: (ولا يجب القصاص فـيما سوى ذلك من الشجاج والجـروح كما دون الموضحة أو أعظم منها).

وممن روى عنه منع القصـاص فيما دون الموضـحة الحسن وأبو عبيـد وأصحاب الرأى، ومنعه فيما فـوقها عمر بن عبد العزيز وعطاء والنخعى والـزهرى والحكم وابن شبرمة والثورى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى، ولا نعلم أحدًا أوجب القصاص فيما فوق الموضحة إلا ما روى عن ابن الزبيـر أنه أقاد من المنقلة، وليس بثـابت عنه، قال ابن المنـذر: ولا أعلم أحدًا خالف ذلك، ولأنها جراحات لا تؤمن الزيادة فيها فأشبـه الجائفة، وأما ما دون الموضحة فقد روى عن مالك أن القصاص يجب فى الدامية والباضعة والسمحاق، وروى نحوه عن أصحاب الرأى.

ولنا: أنها جراحة لا تنتهى إلى عظم فلم يجب فيها قصاص كالجائفة، ولأنه لا يؤمن فيها الزيادة فأشبه كسر العظام، وبيان ذلك أنه إن أقتص من غير تقدير أفضى إلى أن يأخذ أكثر من حقه، وإن اعـتبر مقـدار العمق أفضى إلى أن يقـتص من الباضعة والسـمحاق موضـحة ومن الباضـعة سمحـاقًا، لأنه قد يكون لحم المـشجوج كثيرًا بحيث يكون عـمق باضعته كـعمق موضحة الشاج أو سمحاقه، ولأننا لم نعتبر فى الموضحة قدر عمقها فكذلك فى غيرها.

فـصـل: ولا قصاص فى المأمومة من شجاج الرأس ولا فى الجائفة، والمأمومة هى التى

ديات فلم يقبلها[٣٢]، فإن قيل: فلم لا يخلى سبيله كالمعسر بالدين؟ قلنا: لأن فى تخليته تضييعًا للحق، فإنه لا يؤمن هربه، والفرق بينه وبين المعسر من وجوه: أحدها: أن قضاء الدين لا يجب مع الإعسار فلا يحبس بما لا يجب والقصاص هٰهنا واجب وإنما تعذر المستوفى، الثانى: أن المعسر إذا حبسناه تعذر الكسب لقضاء الدين فلا يفيد بل يضر من الجانبين وهٰهنا الحق نفسه يفوت بالتخلية لا بالحبس، الثالث: أنه قد استحق قتله، وفيه تفويت نفسه ونفعه، فإذا تعذر تفويت نفسه جاز تفويت نفعه لإمكانه، فإن قيل: فلم يحبس من أجل الغائب، وليس للحاكم عليه ولاية إذا كان مكلفًا رشيدًا، ولذلك لو وجد بعض ماله مغصوبًا لم يملك انتزاعه؟ قلنا: لأن فى القصاص حقًا للميت وللحاكم عليه ولاية، ولهذا تنفذ وصاياه من الدية، وتقضى ديونه منها، فنظيره أن يجد الحاكم من تركة الميت فى يد إنسان شيئًا غصبًا، والوارث غائب، فإنه يأخذه ولو كان القصاص فى لحى طرفه لم يتعرض لمن هو عليه، فإن أقام القاتل كفيلاً بنفسه ليخلى سبيله لم يجز، لأن الكفالة لا تصح فى القصاص، فإن فائدتها استيفاء الحق من الكفيل إن تعذر إحضار المكفول به ولا يمكن استيفاؤه من غير

تصل إلى جلدة الدماغ، والجائفة هى التى تصل إلى الجوف، وليس فيهما قصاص عند أحد من أهل العلم نعلمه إلا ما روى عن ابن الزبير أنه أقص من المأمومة فأنكر الناس عليه وقالوا: ما سمعنا أحدًا قص منها قبل الزبير، وروى عن على رضي الله عنه لا قصاص فى المأمومة وهو قول مكحول والزهرى والشعبى وقال عطاء والنخعى: لا قصاص فى الجائفة، وروى ابن ماجه فى سننه عن العباس بن عبد المطلب عن النبى ﷺ أنه قال: «لا قود فى المأمومة ولا فى الجائفة ولا فى المنقلة»[4] ولأنهما جرحان لا تؤمن الزيادة فيهما فلم يجب فيها قصاص ككسر العظام.

38- **مسألة:** **(إلا أن تكون أعظم من الموضحة كالهاشمة والمنقلة والمأمومة فله أن يقتص موضحة بغير خلاف بين أصحابنا).**

هو مذهب الشافعى، لأنه يقتصر على بعض حقه ويقتص من محل جنايته، فإنه إنما وضع السكين فى موضع وضعها الجانى، لأن سكين الجانى وصلت إلى العظم ثم تجاوزته بخلاف قاطع الساعد، فإنه لم يضع سكينه فى الكوع.

39- **مسألة:** **(ولا شىء له مع القصاص على قول أبى بكر).**

لأنه جرح واحد فلا يجمع فيه بين قصاص ودية كما لو قطع الشلاء بالصحيحة وكما فى الأنفس إذا قتل الكافر بالمسلم والعبد بالحر، وقال ابن حامد: له ما بين دية موضحة ودية تلك الشجة، وهو مذهب الشافعى، لأنه تعذر القصاص فيه فانتقل إلى البدل كما لو قطع

---

(٣٢) انظر الكامل «للمبرد» (٤/ ٨٤، ٨٥).

(4) أخرجه ابن ماجه فى «الديات» (٢/ ٢٦٣٧) وإسناده صحيح، وانظر الصحيحة (٢١٩٠).

القاتل فلم تصح الكفالة به كـالحد، ولأن فيه تغريراً بحق المولى عليه، فـإنه ربما خلى سبيله فهرب فضاع الحق.

فـصل: فإن قتله بعض الأولياء بغير إذن الـباقين لم يجب عليه قصاص، وبهذا قـال أبو حنيفـة، وهو أحد قولى الشـافعى، والقول الأخـير: عليه الـقصاص، لأنه مـمنوع من قتله، وبعضه غير مستحق له، وقد يجب القصاص بإتلاف بعض النفس بدليل ما لو اشترك الجماعة فى قتل واحد.

ولنا: أنه مشـارك فى استحقاق القـتل فلم يجب عليه القصـاص كما لو كان مـشاركًا فى ملك الجارية ووطئها، ولأنه محل يملك بعضه فلم تجب العـقوبة المقدرة باستيفائه كالأصل، ويفارق إذا قتل الجماعة واحدًا، فـإنَّا لا نوجب القصاص بقتل بعض النفس، وإنما نجعل كل واحد منهم قاتلاً لجـميعها، وإن سلمنا وجـوبه عليه لقتله بعض النفس فمن شرطه المـشاركة لمن فعله كفعله فى العمد والعدوان ولا يتحقق هـهنا.

أصبعيه فلم يمكن الاستيفاء إلا من واحدة، وفارق الشلاء بالصحيحة، فإن الزيادة ثَمَّ من حيث المعنى وليست مميزة بخلاف مسألتنا، فيأخذ فى الهاشمة خمسًا من الإبل وفى المنقلة عشرًا.

40- مـسألة: (ويعتبر قدر الجرح بالمسـاحة، فلو أوضح إنسانًا فى بعض رأسه، مقدار ذلك البعض جميع الرأس الشاج وزيادة كان لـه أن يوضحه فى جميع رأسه وفى الأرش للزائد وجهان).

وجـملة ذلك أنه إذا أراد الاستيفاء من موضحة وشبهـها فإن كان على موضعها شعر أزاله ويعمد إلى موضع الشجة من رأس الـمشجوج فيعلم طولها وعرضها بخشـبة أو خيط ويضعها على رأس الشاج ويعلم طرفيه بسواد أو غيره ويأخذ حديدة عرضها كعرض الشجة فيضعها فى أول الشجة ويجرها إلى آخـرها فيأخذ مثل الشجة طولاً وعـرضًا ولا يراعى العمق، لأن حدة العظم ولو روعى لتعذر الاستيفاء، لأن الناس يختلفون فى قلة اللحم وكثرته وهذا كما يستوفى الطرف بمثله وإن اختلفا فـى الصغر والكبر والرقة والغلطة، فإن كان رأس الشـاج والمشجوج سواء اسـتوفى قدر الشـجة، وإن كان رأس الشاج أصـغر لكنه يتسع للـشجة استـوفيت، وإن استـوعبت رأس الشاج كله، لأنه اسـتوفاها بالمسـاحة ولا يمنع الاسـتيفاء زيادتهـا على مثل موضعها من رأس الجانى، لأن الجميع رأس، وإن كان قدر الشجة يزيد على رأس الجانى فإنه يستوفى الشجـة فى جميع رأس الشاج، ولا يجوز أن ينزل إلى جبهتـه، لأنه يقتص فى عضو آخر غير العضـو المجنى عليه ولا ينزل إلى قفاه لما ذكرنا ولا يستوفى بقـية الشجة فى موضع آخر من رأسه، لأنه يكون مستـوفيًا موضحتين واضعًا للحديدة فى غيـر الموضع الذى وضعها فيه الجانى، واختلف أصحابنا فـيماذا يصنع؟ فذكر القاضى أن ظاهر كلام أبى بكر أنه لا أرش له فيما بقى كيلا يجمع بين قصاص ودية فى جرح واحد، وهذا مذهب أبى حنيفة، فعلى هذا

إذا ثبت هذا فإن للولى الذى لم يقتل قسطه من الدية، لأنه حقـه من القصاص سقط بغير اختياره فـأشبه ما لو مات القاتل أو عفا بعض الأوليـاء، وهل يجب ذلك على قاتل الجانى أو فى تركة الجانى؟ فيه وجهان وللشافعى قولان: أحدهما: يرجع على قاتل الجانى، لأنه أتلف محل حقه فكان الرجوع عليه بعوض نصيبه كما لو كانت له وديعة فأتلفها، والثانى: يرجع فى تركة الجانى كمـا لو أتلفه أجنبى أو عفا شريكه عن القصاص، وقـولنا أتلف محل حقه يبطل بما إذا أتلف مـستأجـره أو غريمـه أو امرأته أو كان المـتلف أجنبيًا، ويـفارق الوديعة، فـإنها مملوكة لهما فوجب عوض ملكه، أما الجـانى فليس بمملوك للمجنى عليه وإنما له عليه حق فأشبـه ما لو قتل غريمه، فـعلى هذا يرجع ورثة الجانى على قاتله بدية مورثهم إلا قـدر حقه منها، فعلى هذا لو كان الجانى أقل دية من قاتله مثل امرأة قتلت رجلاً له ابنان فقتلها أحدهما بغير إذن الآخر فللآخـر نصف دية أبيه فى تركة المرأة التى قتلته، ويرجع ورثـتـها بنصف ديتها على قاتلها وهو ربع دية الرجل.

يتخير بين الاستيفاء فى جميع رأس الشاج ولا أرش له وبين العفو إلى دية موضحة، وقال ابن حامد وبعض أصحابنا: له أرش ما بقى، وهو مذهب الشافعى، لأن القصاص تعذر فيما جنى عليه، فكان له أرشه كـما لو تعذر فى الجميـع، فعلى هذا تقدر شجة الجـانى من الشجة فى رأس المجنى عليه ويستوفى أرش الباقى، فإن كـانت بقدر ثلثيها فله أرش ثلث موضحة، وإن زادت على هذا أو نقصت فبالحساب من أرش الموضحة ولا يجب له أرش موضحة كاملة لئلا يفضى إلى إيجاب القصـاص ودية موضحة، وإن أوضحه فى جميع رأسـه ورأس الجانى أكبر فللمجنى عليـه أن يوضح منه بقدر مسـاحة موضـحة من أى الطرفين شـاء لأنه جنى عليه فى ذلك الموضع كـله، وإن استوفى قـدر موضحـته ثم تجـاوزها واعترف أنه عـمد ذلك فـعليه القصاص فى ذلك القدر، فـإذا اندملت موضحته استوفى منه القـصاص فى موضع الاندمال، لأنه موضع الجناية، وإن ادعى الخطأ فـالقول قوله، لأنه مـحتمل وهو أعلم بقصـده، وعليه أرش موضحة، فإن قيل: فهذه الموضحة كلها لو كانت عدوانًا لم يجب فيها إلا دية موضحة فكيف يجب فى بعضها دية موضحة، قلنا: لأن المستوفى لم يكن جناية، إنما الجناية الزائد، والزائد لو انفرد لكان موضحة، فكذلك إذا كان معـه ما ليس بجناية بخلاف ما إذا كانت كلها عدونًا، فإن الجميع جناية واحدة.

فـصل: إذا أوضحه فى جميع رأسه ورأس الجانى فـأراد أن يستوفى القصاص بعضه من مقدم الرأس وبعضـه من مؤخره منع من ذلك، لأنه يأخذ موضحتين بواحدة وديتهما مختلفة، ويحتمل الجواز، لأنه لا يجاوز موضع الجـناية ولا قدرها، فإن قال أهل الخبرة: إن فى ذلك زيادة ضرر أو شين لم يجز ولأصـحاب الشافعى كهذين القولين، فـإن كان رأس المجنى عليه أكبر فأوضحه الجـانى فى مقدمه ومؤخرة موضحتين قدرهمـا جميع رأس الجانى، فله الخيار

وعلى الوجه الأول يرجع الابن الذى لم يقتل على أخيه بنصف دية المرأة، لأنه لم يفوت على أخيه إلا نصف المرأة، ولا يمكن أن يرجع على ورثة المرأة بشىء، لأن أخاه الذى قتلها أتلف جـميع الحق، وهذا يدل على ضـعف هذا الوجـه، ومن فوائده أيضًـا صحـة إبراء من حكمنا بالرجوع عليه وملك مطالبته، فإن قلنا: يرجع على ورثة الجانى صح إبراؤهم، وملكوا الرجوع على قاتل مـوروثهم بقسط أخيه العافى، وإن قلنا: يرجع على تركـة الجانى وله تركة فله الأخذ منها سواء أمكن ورثته أن يستوفوا من الشريك أو لم يمكنهم، وإن قلنا: يرجع على شريكه لم يكن له مطالبة ورثة الجانى سواء كان شريكه موسرًا أو معسرًا.

١٤٤٥- مسألة: قال: **(ومن عفا من ورثة المقتول عن القصاص لم يكن إلى القصاص سبيل وإن كان العافى زوجًا أو زوجة).**

أجمع أهل العلم على إجازة العـفو عن القصاص وأنه أفضل والأصل فـيه الكتاب والسنة أما الكتاب فقول الله تعالى فى سياق قوله: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾ ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ (البقرة: ١٧٨) وقال تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا

بين أن يوضحه موضـحة واحدة فى جميع رأسه أو يوضـحه موضحتين يقـتصر فى كل واحد منهما على قدر موضحته، ولا أرش لذلك وجـهًا واحدًا، لأنه ترك الاستيفاء مع إمكانه، وإن عفا إلى الأرش فله أرش موضحتين، وإن شاء اقتص من إحداهما، وأخذ أرش الأخرى.

فـصـل: فإن كانت الجناية فى غير الرأس والوجه وكـانت فى ساعد فزادت على ساعد الجانى لم ينزل إلى الكف ولم يصعد إلى العـضد وإن كانت فى الساق لم ينزل إلى القدم ولم يصعد إلى الفخذ، لأنه عضو آخر فلا يقتص منه كما لم ينزل من الرأس إلى الوجه ولم يصعد من الوجه إلى الرأس.

فصل: إذا شج فى مقدم رأسه أو مؤخره عرضًا شجة لا يتسع لها مثل موضعها من رأس الشاج فأراد أن يستـوفى من وسط الرأس فيما بين الأذنين لكونه يتسع لمثل تلك الشجـة ففيه وجهان: أحدهـما: لا يجوز، لأنه غير الموضع الذى شجه فيه فلم يجز له الاستيفاء منه كما لو أمكنه استيفاء حـقه من محل الشجة، واحتـمل الجواز، لأن الرأس عضو واحـد، فإذا لم يمكنه استيـفاء حق من محل شجتـه جاز من غيره كما لـو شجه فى مقدم رأسه شـجة قدرها جميع رأس الـشاج جاز إتمام استـيفائها من مـؤخر رأس الجانى، وهذا منصوص الـشافعى، وهكذا يخرج فيـما إذا كان الجرح فى موضع من الساق والقـدم والذراع والعضد، وإن أمكن الاستيفاء من محل الجناية لم يجز العدول عنه وجهًا واحدًا.

فـصـل: قـال: **(وإذا اشترك جماعة فى قطع طرف أو جـرح موجب للقصاص وتساوت أفعالهم مـثل أن يضعوا الحديدة على يده ويـتحاملوا عليها جـميعًا حـتى تبين فعلى جمـيعهم القصاص فى أشهر الروايتين، وهى التى ذكرها الخرقى).**

أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ إلى قوله: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ﴾ (المائدة: ٤٥) قيل فى تفسيره: فـهو كفارة للجانى يعفو صـاحب الحق عنه، وقيل: فهو كفارة للعـافى بصدقته، وأما السنة فإن أنس بن مـالك قال: ما رأيت رسول الله ﷺ رفع إليه شىء فيـه قصاص إلا أمر فيـه بالعفو. رواه أبو داود(٣٣)، وفى حديثه فى قصة الربيع بـنت النضر حين كسرت سن جارية فأمر النبى ﷺ بالقصاص فعفا القوم(٣٤).

إذا ثبت هذا فالقصـاص حق لجميع الورثة من ذوى الأنساب والأسبـاب والرجال والنساء والصغار والكبار فـمن عفا منهم صح عفوه وسقط القصاص ولم يبق لأحـد إليه سبيل، وهذا قول أكـثر أهل العلم منهم عطاء والنخـعى والحكم وحماد والثـورى وأبو حنيفة والشـافعى، وروى معنى ذلك عـن عمر وطاوس والشـعبى، وقـال الحسن وقتـادة والزهرى وابن شبـرمة والليث والأوزاعى: ليس للنساء عفو، والمشهور عن مالك أنه موروث للعصبات خاصة، وهو وجه لأصحاب الشافعى، لأنه ثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح، ولهم وجه

وبذلك قـال مـالك وأبو ثور، وقـال الحسن والـزهرى والثورى وأصـحـاب الرأى وابن المنذر: لا يقطع يدان بيد واحدة، وهى الرواية الأخرى، لأنه روى عنه أن الجماعة لا يقتلون بالواحد، وهذا تنبيه على أن الأطراف لا تؤخذ بطرف واحد، لأن الأطراف يعتبر التساوى فيها بدليل أنَّا لا نأخذ الصـحيحـة بالشلاء ولا كاملة الأصـابع بناقصة ولا أصليـة بزائدة ولا يمينًا بيـسار ولا يسارًا بيمين، ولا تساوى بين الطرف والأطراف فوجب امتناع القصاص بينهما، ولا يعتبر التساوى فى النفس، فإنا نأخذ الصحـيح بالمريض وصحيح الأطراف بمقطوعها وأشلها، ولأنه يعتـبر فى القصاص فى الأطـراف التساوى فى نفس القطع بحـيث لو قطع كل واحد من جانب الآخر لم يجب القصاص بخلاف النفس، ولأن الاشتراك الموجب للقصاص فى النفس يقع كـثيرًا، فـوجب القصـاص زجرًا عنه كى لا يتـخذ وسـيلة إلى كثـرة القتل، والاشـتراك المختلـف فيه لا يقع إلا فى غاية الندرة، فـلا حاجة إلى الزجر عنه، ولأن إيجـاب القصاص على المشتركـين فى النفس يحصل له الزجر عن كل اشتراك أو عن الاشتراك المـعتاد وإيجابه على المـشتـركين فى الـطرف لا يحصل به الزجـر عن الاشـتراك المـعتـاد ولا عن شىء من الاشتـراك إلا عن صورة نادرة الوقوع بعـيدة الوجود يحـتاج فى وجودها إلى تكلف فـإيجاب القصاص الزجر عنها يكون منعًا لشىء لا يكاد يقع لصعـوبته وإطلاقًا فى القطع السهل المعتاد بنفى القصاص عن فاعلـه، وهذا لا فائدة فيه بخلاف الاشتراك فى النفس، يحـققه أن وجوب القصاص فى الطرف والنفس على الجماعة بواحد على خلاف الأصل لكونه أخذ فى الاستيفاء

---

(٣٣)أخـرجه أبو داود فى «الديات» (٤/ ح٤٤٩٧) وابن مـاجه (٢/ ح٢٦٩٢) وأحـمد فى «مـسنده» (٣/ ٢٥٢) وإسناده صحيح.

(٣٤)تقدم برقم (١٥) مسألة رقم (١٤٤١).

ثالث أنه لذوى الأنساب دون الزوجين لقول النبى ﷺ: «من قتل له قـتيل فأهله بين خيرتين بين أن يقتلوا أو يأخذوا العقل»(٣٥) وأهله ذوو رحمة.

وذهب بعض أهل المدينة إلى أن القصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء، وقيل هو رواية عن مالك لأن حق غيـر العافى لا يرضى بإسقاطه وقد تؤخذ النـفس ببعض النفس بدليل قتل الجماعة بالواحد.

ولنا: عموم قوله ﷺ: «فأهله بين خيـرتين» وهذا عام فى جميع أهله والمرأة من أهله بدليل قول النبى ﷺ: «من يعذرنى من رجل يبلغنى أذاه فى أهلى وما علمت على أهلى إلا خيـرًا، ولقد ذكروا رجـلاً ما علمت عليه إلا خـيرًا وما كان يدخل عـلى أهلى إلا معى» يريد عائشة، وقال له أسامة: يا رسول الله أهلك ولا نعلم إلا خيرًا(٣٦)، وروى زيد بن وهب: «أن عمر أتى برجل قتل قتيلاً فجاء ورثة المقتول ليقتلوه فقالت امرأة المقتول ـ وهى أخت القاتل: قد عفوت عن حقى، فقال عـمر: الله أكبر، عتق القتيل. رواه أبو داود(٣٧)، وفى روايـة عن

زيادة على ما فوت عليه، ويخل بالتماثل المنصـوص على النهى عما عداه، وإنما خولف هذا الأصل زجرًا عن الاشتراك الذى يقع القتل به غالبًا ففيما عداه يجب البقاء على أصل التحريم، ولأن النفس أشرف من الطرف ولا يلزم من المحافظة عليها بأخـذ الجماعة بالواحد المحافظة على ما دونها بذلك.

ولنا: ما روى أن شـاهدين شهـدا عند على رضي الله عنه على رجل بالسـرقة فقطـع يده ثم جاءا بآخر فقـالا: هو السارق وأخطأنا فى الأول فرد شهادتـهما على الثانى وغرمـهما دية يد الأول وقال: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما، فأخـبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمد قطع يد واحدة، ولأنه أحد نوعى القصاص فيؤخذ فيـه الجماعة بالواحد كالأنفس، وأما اعتبار التساوى فمثله فى الأنفس، فإنا نعتبر التساوى فـيها فلا نأخذ مسلمًا بكافر ولا حرًا بعبد، وأما أخذ صحـيح الأطراف بمقطوعها فـلأن الطرف ليس هو من النفس المقتص منهـا وإنما يؤخذ تبعًا، ولذلك كـانت ديتهما واحدة بخـلاف اليد الناقصة والشلاء مع الصـحيحة، فإن ديتـهما مختلفة، وأمـا اعتبار التساوى فى الفعل فـإنما اعتبر فى اليد لأنه يمكن مبـاشرتها بالقطع فإذا قطع كل واحد منهما من جانب فإن فعل كل واحد منهما متميزًا عن فعل الآخر فلا يجب على

---

(٣٥) تقدم برقم (١٠) مسألة رقم (١٤٣٧).

(٣٦) هذا الحديث قطعة من حديث الإفك الطويل، أخرجـه البخارى فى «الشهادات» (٥/ ح٢٦٣٧/ فتح) ومسلم فى «التـوبة» (٤/ ٥٦/ ٢١٣٤) وأحمـد فى «مسنده» (٦/ ١٩٦) من حديث الـسيدة عـائشة رضي الله عنها.

(٣٧) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (١٠/ ١٣) وذكـره ابن حجر فى «تلخيص الحبير» (٤/ ٢٣) وإسناده صحيح.

زيد قال: دخل رجل على امرأته فوجد عندهـا رجلاً فقتلها فاستعدى إخوتهـا عمر فقال بعض إخوتها: قد تصدقت فقضى لسائرهم بالدية(٣٨).

وروى قتادة أن عمر رفع إليـه رجل قتل رجلاً فجاء أولاد المقتول وقد عفـا بعضهم فقال عمر لابن مسعود: ما تقول؟ فقال: إنه قد أُحرز من القتل، فضرب على كتفه وقال كنيف ملئ علمًا(٣٩)، والدليل على أن القصاص لجميع الورثة ما ذكرناه فى مسألة القصاص بين الصغير والكبير، ولأن من ورث الدية ورث القصاص كالعصبة، فإذا عفا بعضهم صح عفوه كعفوه عن سائر حقوقه، وزوال الزوجـية لا يمنع استحقاق القصاص كما لم يمنع اسـتحقاق الدية وسائر حقـوقه الموروثة، ومتـى ثبت أنه حق مشترك بـين جميعـهم سقط بإسقـاط من كان من أهل الإسقاط منهم، لأن حقه منه له فينفذ تصرفه فيه، فإذا سقط سقط جميعه، لأنه مما لا يتبعض كالطلاق والعتاق، ولأن القصاص حق مشترك بينهم لا يتبعض مبناه على الدرء والإسقاط، فإذا أسقط بعضهم سـرى إلى الباقى كالعتق، والمرأة أحد المـستحقين فسقط بإسـقاطها كالرجل، ومتى عفا أحدهم فللباقين حقهم من الدية سـواء عفا مطلقًا أو إلى الدية، وبهذا قال أبو حنيفة

إنسان قطع محل لم يـقطع مثله، وأما النفس فلا يمكن مبـاشرتها بالفعل، وإنمـا أفعالهم فى البدن فـيفـضى ألمه إليهـا فـيزهق، ولا يتميـز ألم فعل أحـدهما من ألم فعـل الآخر، فكانا كالقاطعـين فى محل واحد، ولذلك لا يستوفى من الطرف إلا فى المـفصل الذى قطع الجانى منه، ولا يجوز تجاوزه فى النفس لو قـتله بجرح فى جنبه أو بطنه أو غير ذلك كان الاسـتيفاء من العنق دون المـحل الذى وقـعت الجناية فيـه، إذا ثبت هذا فـإن الجناية إنمـا تجب على المشتركين فى الطرف إذا اشـتركوا فيه على وجه لا يتميز فـعل أحدهم من فعل الآخر إما بأن شهدوا عليه بما يوجب قطعه فيـقطع ثم يرجعوا عن الشهادة أو يكرهوا إنسانًا على قطع طرف فيـجب قطع المكرهين والمكره أو يلقوا صـخرة على طرف إنسـانٍ فيقطعـه أو يقطعوا يدًا أو يقلعوا عينا بضربة واحدة أو يضعوا حديدة على مفصل ويتحاملوا عليها جميعًا أو يمدوها فتبين ونحو ذلك.

---

(٣٨) أخرجه البيهقى فى «السنن الكـبرى» (٨/ ٥٩) وعبد الرزاق فى «مصنفه» (١٠/ ح١٨١٩٠) وابن أبى شيبة فى «المصنف» كما فى الإرواء (٢٢٢٥) وإسناده صحيح.

(٣٩) أخرجه الطبرانى فى الكبيـر كما قال الهيثمى فى «المجمع» (٦/ ٣٠٣) وقـال: رجاله رجال الصحيح إلا أن قتادة لم يدرك عمر ولا ابن مسعود.

قلت: إذن إسناده ضعيف لانقطاعه.

وأخرج الحـاكم فى «مستدركـه» (٣/ ٣١٨) من طريق الأعمش عن زيد بن وهب قال: كنت جـالسًا عند عمر إذ جاءه رجل نحيف، فجعل ينظر إليه وتهلل وجهه، ثم قال: كنيف ملئ علمًا، كنيف ملئ علمًا، يعنى عبـد الله بن مسعود، وقال الحاكم: صـحيح على شرط الشيخـين ووافقه الذهبى، وهو كما قالا، كُنيف: تصغير الكنف وهو وعاء الأداة التى يعمل بها.

والشافعى ولا أعلم لهما مخالفًا ممن قال بسقوط القصاص، وذلك لأن حقه من القصاص سقط بغير رضاه فثبت له البدل كما لو ورث القاتل بعض دمه أو مات ولما ذكرناه من خبر عمر رضي الله عنه.

فصل: فإن قتله الشريك الذى لم يعف عالمًا بعفو شريكه وسقوط القصاص به فعليه القصاص، سواء حكم به الحاكم أو لم يحكم، وبهذا قال أبو حنيفة وأبو ثور وهو الظاهر من مذهب الشافعى، وقيل: له قول آخر لا يجب القصاص لأن له فيه شبهة لوقوع الخلاف.

ولنا: أنه قتل معصومًا مكافئًا له عمدًا يعلم أنه لا حق له فيه فوجب عليه القصاص كما لو حكم العفو حاكم والاختلاف لا يسقط القصاص، فإنه لو قتل مسلمًا بكافر قتلناه به مع الاختلاف فى قتله، وأما إن قتله قبل العلم بالعفو فلا قصاص عليه، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعى فى أحد قوليه: عليه القصاص، لأنه قتل عمد عدوان لمن لا حق له فى قتله.

ولنا: أنه قتله معتقدًا ثبوت حقه فيه مع أن الأصل بقاؤه، فلم يلزمه قصاص كالوكيل إذا قتل بعد عفو الموكل قبل علمه بعفوه، ولا فرق بين أن يكون الحاكم قد حكم بالعفو أو لم يحكم به، لأن الشبهة موجودة مع انتفاء العلم معدومة عند وجوده، وقال الشافعى: متى قتله بعد حكم الحاكم لزمه القصاص علم بالعفو أو لم يعلم، وقد بينا الفرق بينهما، ومتى حكمنا عليه بوجوب الدية إما لكونه معذورًا، وإما للعفو عن القصاص، فإنه يسقط عنه منها ما قابل حقه على القاتل قصاصًا ويجب عليه الباقى، فإن كان الولى عفا إلى غير مال فالواجب لورثة القاتل، ولا شىء عليهم، وإن كان عفا إلى الدية فالواجب لورثة القاتل، وعليهم نصيب العافى من الدية، وقيل فيه: إن حق العافى من الدية على القاتل لا يصح، لأن الحق لم يبق متعلقًا بعينه وإنما الدية واجبة فى ذمته فلم تنتقل إلى القاتل كما لو قتل غريمه.

41- مسألة: **(وإن تفرقت أفعالهم أو قطع كل واحد من جانب فلا قصاص عليهم رواية واحدة)**

لأن كل واحد منهم لم يقطع اليد، ولم يشارك فى قطع جميعها، وإن كان فعل كل واحد منهم يمكن الاقتصاص بمفرده اقتص منه، وهذا مذهب الشافعى.

42- مسألة: **(وسراية الجناية مضمونة بالقصاص أو الدية)**

سراية الجناية مضمونة بغير خلاف، لأنها أثر جناية، والجناية مضمونة، فكذلك أثرها ثم إن سرت إلى النفس أو ما لا يمكن مباشرته بالإتلاف مثل أن همشه فى رأسه فيذهب ضوء عينه وجب القصاص فيه، ولا خلاف فى ذلك فى النفس، وفى ضوء العين خلاف ذكرناه فيما مضى، وإن سرت إلى ما يمكن مباشرته بالإتلاف مثل أن قطع أصبعًا فتآكلت أخرى وسقطت ففيه القصاص أيضًا فى قول إمامنا وأبى حنيفة ومحمد بن الحسن، وقال أكثر الفقهاء: لا

فصل: فإن كان القاتل هو العافى فعليه القصاص سواء عفا مطلقًا أو إلى مال، وبهذا قال عكرمة والثورى ومالك والشافعى وابن المنذر، وروى عن الحسن تؤخذ منه الدية ولا يقتل، وقال عمر بن عبد العزيز: الحكم فيه إلى السلطان.

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ (البقرة: ١٧٨) قال ابن عباس وعطاء والحسن وقتادة فى تفسيرها: أى بعد أخذه الدية، وعن الحسن عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «لا أعفى من قتل بعد أخذه الدية»(٤٠) ولأنه قتل معصومًا مكافئًا فوجب عليه القصاص كما لو لم يكن قتل.

فصل: وإذا عفا عن القاتل مطلقًا صح، ولم تلزمه عقوبة، وبهذا قال الشافعى وإسحاق وابن المنذر وأبو ثور، وقال مالك والليث والأوزاعى يضرب ويحبس سنة.

ولنا: أنه إنما كان عليه حق واحد وقد أسقطه مستحقه فلم يجب عليه شىء آخر كما لو أسقط الدية عن القاتل خطأ.

فصل: وإذا وكل من يستوفى القصاص صح توكيله، نص عليه أحمد رحمه الله، فإن وكله ثم غاب وعفا عن القصاص واستوفى الوكيل نظرنا، فإن كان عفوه بعد القتل لم يصح لأن حقه قد استوفى، وإن كان قتله وقد علم الوكيل به فقد قتله ظلمًا فعليه القود كما لو قتله ابتداء، وإن قتله قبل العلم بعفو الموكل فقال أبو بكر لا ضمان على الوكيل لأنه لا تفريط منه، فإن العفو حصل على وجه لا يمكن الوكيل استدراكه فلم يلزمه ضمان كما لو عفا بعد

قصاص فى الثانية، وتجب ديتها، لأن ما أمكن مباشرته بالجناية لا يجب القود فيه بالسراية كما لو رمى سهمًا إلى شخص فمرق منه إلى آخر.

ولنا: أن ما وجب فيه القود بالجناية وجب بالسراية كالنفس، ولأنه أحد نوعى القصاص فأشبه ما ذكرنا، وفارق ما ذكروه فإن ذلك فعل وليس بسراية، ولأنه قصد ضرب رجل فأصاب آخر لم يجب القصاص، ولو قصد قطع إبهامه فقطع سبابته وجب القصاص، ولو ضرب إبهامه فمرق إلى سبابته وجب القصاص فيها فافترقا، ولأن الثانية تلفت بفعل أوجب القصاص فوجب القصاص فيها كما لو رمى إحداهما فمرق إلى الأخرى.

43- مسألة: (وإن شل ففيه ديته).

وبهذا قال مالك والشافعى قالوا: يجب الأرش فى الثانية التى شلت والقصاص فى الأولى، وقال أبو حنيفة: لا يجب القصاص فيها، ويجب أرشهما جميعًا، لأن حكم السراية لا ينفرد عن الجناية بدليل ما لو سرت إلى النفس، فإذا لم يجب القصاص فى إحداهما لم يجب فى الأخرى.

ولنا: أنها جناية موجبة للقصاص لو لم تسر فأوجبته إذا سرت كالتى تسرى إلى سقوط

---

(٤٠) تقدم تخريجه برقم (5) شرح باب «استيفاء القصاص».

ما رماه، وهل يلزم الموكل الضـمان؟ فيه قولان: أحدهـما: لا ضمان عليه، لأن عـفوه غير صحيح لمـا ذكرنا من حصوله فى حال لا يمكنه استـدراك الفعل فوقع القتل مستـحقًا له فلم يلزمه ضمان، ولأن العفو إحســان فلا يقتضى وجوب الضمان، والثـانى: عليه الضـمان، لأن قتل المعفو عنه حصل بأمره وتسليطه على وجه لا ذنب للمباشر فيه، فكان الضمان على الآمر كما لو أمر عبده الأعجمى بقتل معصوم.

وقال غير أبى بكر: فى صحة العفو وجهان بناءً على الروايتين فى الوكيل هل ينعزل بعزل الموكل أو لا؟ وللشافعى قولان كالوجهين، فإن قلنا: لا يصح العفو فلا ضمان على أحد لأنه قتل من يجب قتله بأمر يسـتحقه، وإن قلنا: يصح العفو فلا قصـاص فيه لأن الوكيل قتل من يعتقـد إباحة قتله بسبب هو مـعذور فيه فـأشبه ما لو قـتل فى دار الحرب من يعتقـده حربيًا، وتجب الدية على الوكيل، لأنه لو علم لوجب عليه القصـاص، فإذا لم يعلم تعلق به الضمان كما لو قتل مرتدًا قد أسلم قبل علمه بإسلامه ويرجع بها على الموكل، لأنه غره بتسليطه على القتل بتفريطه فى ترك إعلامه بالعفو فيرجع عـليه كالغار فى النكاح بحرية أمة أو تزوج معيبة، ويحتمل أن لا يرجع عليه، لأن العـفو إحسان منه فلا يقتضى الـرجوع عليه، فعلى هذا تكون الدية على عاقلة الوكيل، وهذا اختيار أبى الخطاب، لأن هذا جـرى مجرى الخطأ فأشبه ما لو قتل فى دار الحرب مسلمًا يعتقده حربيًا.

وقال القاضى: هو فـى مال الوكيل، لأنه عن عمد مـحض، وهذا لا يصح، لأنه لو كان عمدًا محضًا لأوجب القصاص، ولأنه يشترط فى العمد المحض أن يكون عالمًا بحال المحل وكونه معصومًا ولم يوجد هذا، وإن قال: هو عـمد الخطأ: فعمد الخطأ تحمله العاقلة، ذكره الخرقى ودل عليه خـبر المرأة التى قتلت جـاريتها وجنينها بمسطح فـقضى النبى ﷺ بالدية على عاقلتها(٤١)، واختلف أصحاب الشافعى على هذين الوجهين فعلى قول القاضى إن كان

أخرى وكما لو قـطع يد حبلى فسرى إلى جنينها، وبهذا يبطـل ما ذكره، وفارق الأصل، لأن السراية مقتضية للقصاص كاقتضاء الفـعل له فاستوى حكمهما، وهـهنا بخلافه، ولأن ما ذكره غيـر صحيح، فإن القطع إذا سـرى إلى النفس وجب القصاص فـى النفس وسقط فى القطع، فخالف حكم الجناية حكم السراية فسقط ما قاله، إذا ثبت ذلك فإن الأرش يجب فى ماله فلا تحمله العاقلة، لأنه جناية عـمد، وإنما لم يجب القصاص فيه لعـدم المماثلة فى القطع، فإذا قطع أصبعه فشلت أصـابعه الباقية وكفه فعفـا عن القصاص وجب له نصف الدية، وإن اقتص من الأصبع فله فى الأصابع الباقية أربعون من الإبل ويتـبعها ما حاذاها من الكف، وهو أربعة

---

(٤١) أخـرجه النسـائى (٨/ ح٤٧٥٣) وأبو داود (ح٤/ ٤٥٧٢) وابن ماجـه (٢/ ح٢٦٤١) والدارمى (٢/ ح٢٣٨١) وأحـمد فى «مسنده» (١/ ٣١٣) (٤/ ٨٠) وإسناده صـحـيح، مسـطح: عود من أعـواد الخباء.

الموكل عـفا إلى الدية فله الدية فى تركـة الجانى ولورثة الجـانى مطالبة الوكيـل بديته وليس للموكل مطالبة الوكيل بشىء، **فإن قيل**: فقد قلتم فيما إذا كان القصاص لأخوين فقتله أحدهما فعليه نصف الدية ولأخيه مطالبته به فى وجه، **قلـنا**: ثم أتلف حقه فرجع ببدله عليه، وهـهنا أتلفه بعد سقوط حق الموكل عنه فافـترقا، وإن قلنا: إن الوكيل يرجع على الموكل احتمل أن تسقط الديتان، لأنه لا فائدة فى أن يأخذها الورثة من الوكيل ثم يدفعوها إلى الموكل ثم يردها الموكل إلى الوكيل فـيكون تكليفًا لكل واحد منهم بغير فـائدة، ويحتمل أن يجب ذلك، لأن الدية الواجبة فى ذمة الوكيل لغير من الوكيل الـرجوع عليه، وإنما تتساقط الديتان إذا كان لكل واحد من الغريمين على صـاحبه مثل ما له عليه، ولأنه قد تكون الديتان مـختلفتين بأن يكون أحد المقتولين رجلاً والآخر امرأة، فـعلى هذا يأخذ ورثة الجانى ديته من الوكيل ويدفعون إلى الموكل دية وليه ثم يرد الموكل إلى الوكيل قدر ما غرمه، وإن أحال ورثة الجانى الموكل على الوكيل بديـة وليهم صح، فإن كـان الجانى أقل دية مـثل أن تكون امرأة قتلت رجـلاً فقـتلها الوكيل فلورثتها إحـالة الموكل بديتها لأنه القدر الواجب لهم على الوكيل فـيسقط عن الوكيل والموكل جـميعًا، ويرجع المـوكل على ورثتها بنصـف دية وليه، وإن كان الجانى رجـلاً قتل امرأة فقتله الوكيل فلورثة الجانى إحالة الموكل بدية المرأة، لأن الموكل لا يستحق عليهم أكثر من ديتها ويطالبون الوكيل بنصف دية الجانى ثم يرجع به على الموكل.

فصل: وإذا جنى على الإنسان فيما دون النفس جناية توجب القصاص فعفا عن القصاص ثم سرت الجناية إلى نفسه فمات لم يجب القصـاص، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، وحكى عن مالك أن القصاص واجب لأن الجناية صارت نفسًا ولم يعف عنها.

ولنا: أنه يتعذر استيفاء القصاص فى النفس دون مـا عفا عنه فسقط فى النفس كما لو عفا

أخماسه، فيدخل أرشه فيها، ويبقى خمس الكف فيه وجهان: **أحدهما**: يتبعها فى الأرش فلا شىء له فـيه، **والثـانى**: فيه الحكومة، لأن ما يقابل الأربع ليتـبعها فى الإرش لاستوائهما فى الحكم وحكم التى اقتص منها مخالف لحكم الأرش فلم يتبعها.

44- مـسـألة: (وسراية القود غير مضمونة، فلو قطـع اليد قصاصًا فسرى إلى النفس فلا شىء على القاطع).

وبهذا قـال الحسن وابن سـيرين ومالك والشـافعى وإسحـاق وأبو يوسف ومحـمد وابن المنذر وروى ذلك عن أبى بـكر وعمـر وعلى ﷺ، وقـال عطاء وطاوس وعـمـرو بن دينار والحارث العكلى والشعبى والنخعى والزهرى وأبو حنيفة: عليه الضمان، قال أبو حنيفة: عليه كمـال الدية فى ماله، وقال غـيره هى على عاقـلته، لأنه فوت نفـسه، ولا يستـحق إلا طرفه فلزمته ديته كمـا لو ضرب عنقه، ولأنها سراية قطع مضمون فكانت مـضمونة كسراية الجناية، والدليل على أنه مضمون، أنه مضمون بالقطع الأول، لأنه فى مقابلته.

بعض الأولياء، ولأن الجناية إذا لم يكن فيـها قصاص مع إمكانه لم يجب في سرايتـها كما لو قطع يد مرتد ثم أسلم ثم مات منهـا نظرنا، فإن كان عفا على مال فله الديـة كاملة، وإن عفا على غيـر مال وجبت الدية إلا أرش الجـراح الذى عفا عنه، وبهـذا قال الشافـعى، وقال أبو حنيفة: تجب الدية كاملة، لأن الجناية صارت نفسًا، وحقه فى النفس لا فيما عفا عنه، وإنما سقط القصاص للشبهـة، وإن قال: عفوت عن الجناية لم يجب شىء، لأن الجناية لا تختص بالقطع، وقال القاضى فيما إذا عـفا عن القطع: ظاهر كلام أحمد أنه لا يجب شىء، وبه قال أبو يوسف ومحمد، لأنه قطع غير مضمون فكذلك سرايته.

ولنا: أنها سراية جناية أوجـبت الضمان فكانت مضمونة كمـا لو لم يعف، وإنما سقطت ديتهـا بعفوه عنها فـيختص السقـوط بما عفا عـنه دون غيره، والمعـفو عنه نصف الدية، لأن الجناية أوجبت نـصف الدية، فإذا عفـا سقط ما وجب دون مـا لم يجب، فإذا صارت نفـسًا وجب بالسراية نصـف الدية، ولم يسقط أرش الجرح فـيما إذا لم يعف، وإنمـا تكلمت الدية بالسراية.

فـصل: فإن كان الجرح لا قصاص فيه كالجائفة ونحوها فعفا عن القصاص فيه ثم سرى إلى النفس فلوليه القـصاص، لأن القصاص لم يجب فى الجرح فلـم يصح العفو عنه، وإنما وجب القصاص بعـد عفوه وله العفو عن الـقصاص وله كمال الدية، وإن عـفا عن دية الجرح صح، وله بعد الســراية دية النفس إلا أرش الجرح ولا يمتنع وجوب القـصاص فى النفس مع أنه لا يجب كمال الدية بالعفو عنه كما لو قطـع يدًا فاندملت واقتص منها ثم انتقضت وسرت إلى النفس، فله القصاص فى النفس، وليـس له العفو إلا على نصف الدية، وإن قطع يده من نصف الساعد فعفا عن القصاص، ثم سرى فعلى قول أبى بكر لا يسقط القصاص فى النفس، لأن القصاص لم يجب فهـو كالجائفة، ومن جوز له القصـاص من الكوع أسقط القصاص فى النفس، كـما لو كـان القطع من الكوع، وقال المـزنى: لا يصح العفـو عن دية الجرح قـبل اندماله، فلو قطع يدًا فعفا عن ديتها وقصاصها، ثم اندملت لم تسقط ديتها، وسقط قصاصها، لأن القصاص قد وجب فيها، فصح العفو عنه بخلاف الدية، وليس بصحيح، لأن دية الجرح إنما وجبت بالجناية إذ هي السبب، ولهذا لو جنى على طرف عبد ثم باعه قبل موته كان أرش

ولنا: أن عمر وعليًا ﵄ قال: من مـات من حد أو قصاص لا دية له، الحق قتله. رواه سعيـد بمعناه (5)، ولأنه قطع مستحق مقدر فلا تضمن سـرايته كقطع السارق وفارق ما قاسوا عليه فإنه ليس ما فعله مستحقًا، إذا ثبت هذا فلا فرق بين سرايته إلى النفس بأن يموت منها أو إلى ما دونها مثل أن يقطع أصبعًا فتسرى إلى كفه.

---

(5) تقدم برقم (٢٦) من كتاب المغنى مسألة رقم ١٤٥١.

الطرف لبائعه لا لمشتريه، وتأخير المطالبة به لا يلزم منه عدم الوجوب وامتناع صحة العفو كالدين المؤجل لا تملك المطالبة به، ويصح العفو عنه كذا ههنا.

فصل: فإن قطع يده فعفا عنه، ثم عاد الجانى فقتله فلوليه القصاص، وهذا ظاهر مذهب الشافعى، قال بعضهم: لا قصاص، لأن العفو حصل عن بعضه، فلا يقتل به، كما لو سرى القطع إلى نفسه.

ولنا: أن القتل انفرد عن القطع، فعفوه عن القطع لا يمنع ما يلزم بالقتل كما لو كان القاطع غيره، وإن اختار الدية فقال القاضى: إن كان العفو عن الطرف إلى غير دية فله بالقتل نصف الدية، وهو ظاهر مذهب الشافعى، ولأن القتل إذا تعقب الجناية قبل الاندمال كان كالسراية، ولذلك لو لم يعف لم يجب أكثر من دية، والقطع يدخل فى القتل فى الدية دون القصاص، ولذلك لو أراد القصاص كان له أن يقطع ثم يقتل، ولو صار الأمر إلى الدية لم يجب إلا دية واحدة، وقال أبو الخطاب: له العفو إلى دية كاملة، وهو قول بعض أصحاب الشافعى، لأن القطع منفرد عن القطع، فلم يدخل حكم أحدهما فى الآخر، كما لو اندمل، ولأن القتل موجب للقتل فأوجب الدية كاملة كما لو لم يتقدمه عفو، وفارق السراية، فإنها لم توجب قتلاً، ولأن السراية عفى عن سببها، والقتل لم يعف عن شيء منه، ولا عن سببه، وسواء فيما ذكرنا كان العافى عن الجرح أخذ دية طرفه أو لم يأخذها.

فصل: وإن قطع أصبعًا فعفا المجنى عليه عن القصاص، ثم سرت الجناية إلى الكف، ثم اندمل الجرح لم يجب القصاص لما ذكرنا فى النفس، ولأن القصاص سقط فى الأصبع بالعفو، فصارت اليد ناقصة لا تؤخذ بها الكاملة، ثم إن كان العفو إلى الدية وجبت الدية كلها، وإن كان على غير مال خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا فيما إذا قطع يدًا فعفا المجنى عليه، ثم سرى إلى نفسه، فعلى هذا تجب ههنا دية الكف لا دية الأصبع، ذكره أبو

45- مسألة: (ولا يقتص فى الطرف إلا بعد برئه).

فى قول أكثر أهل العلم منهم النخعى والثورى وأبو حنيفة ومالك وإسحاق وأبو ثور وروى ذلك عن عطاء والحسن، قال ابن المنذر: كل من أحفظ عنه من أهل العلم يرى الانتظار بالجرح حتى يبرأ، ويتخرج لنا أنه يجوز الاقتصاص قبل البرء، وبناء على قولنا أنه إذا سرى إلى النفس يفعل به كما لو فعل، وهذا قول الشافعى قال: ولو سأل القود ساعة قطعت أصبعه أقدته لما روى جابر أن رجلاً طعن رجلاً بقرن فى ركبته فقال: يا رسول الله أقدنى قال: «حتى تبرأ» فأبى وعجل فاستقاد له رسول الله ﷺ فعيبت رجل المستقيد وبرأت رجل المستقاد منه فقال له النبى ﷺ: «ليس لك شيء إنك عجلت» رواه سعيد مرسلاً (6)، ولأن القصاص فى الطرف لا يسقط بالسراية، فوجب أن يملكه فى الحال كما لو برأ.

---

(6) تقدم برقم (٢٧) مسألة رقم (١٤٥١).

الخطاب، وهو مذهب الشافعى وقال القاضى: ظاهر كلام أحمد أن لا يجب شىء، وهو قول أبى يوسف ومحمد لأن العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها، وقد قال القاضى: إن القياس فيما إذا قطع اليد، ثم سرى إلى النفس أن يجب نصف الدية فيلزمه أن يقول مثل ذلك هـٰهنا.

فصل: فإن قال: عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح عفوه، ولم يكن له فى سرايتها قصاص ولا دية فى ظاهر كلام أحـمد، وسواء عفا بلفظ العفو أو الوصيـة، وممن قال بصحة عفو المجروح عن دمه: مالك وطاوس والحسـن وقتادة والأوزاعى، وقال أصحاب الشافعى: إذا قال: عفوت عن الجناية، وما يحدث منها ففيه قولان:

أحدهما: أنه وصية فيبنى على الوصية للقاتل، وفيه قولان: أحدهما: لا يصح فتجب دية النفس إلا دية الجرح، والثـانى: يصح، فإن خرجت من الثلث سقط وإلا سقط منها ما خرج من الثلث، ووجب الباقى.

والقول الـثانى: ليس بوصية، لأنه إسقاط فى الحياة فلا يصح، وتلزمه دية النفس إلا دية الجرح.

ولنا: أنه أسقط حقه بعد انعقاد سببه فسقط كما لو أسقط الشفعة بعد البيع.

إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يخرج من الثلث أو لم يخـرج، لأن موجب العمد القود فى إحدى الروايتين، أو أحد شيئين فى الرواية الأخرى فما تعينت الدية ولا تعينت الوصية بمال، ولذلك صح العفو من المفلس إلى غـير مال، وأما جناية الخطأ، فإذا عفا عنهـا وعما يحدث منها اعـتبر خروجـها من الثلث، سواء عـفا بلفظ العفـو أو الوصية أو الإبراء أو غيـرها، فإن خرجت من الثلث صـح عفوه فى الجـميع، وإن لم تخرج من الثلث سـقط عنه من ديتهـا ما احتمـله الثلث، وبهذا قال مالك والثـورى وأصحاب الرأى، ونحوه قـال عمر بن عبـد العزيز والأوزاعى وإسحاق، لأن الوصية هـٰهنا بمال.

فـصل: فإن اختلف الجانى والولى أو المجنى عليه، فقال الجانى: عفوت مطلقًا، وقال

ولنا: ما روى جابر أن النبى ﷺ نهى أن يستقـاد من الجرح حتى يبرأ المجروح. رواه الدارقطنى(7) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ، ولأن الجرح لا يدرى أقتل هو أو لا فـينبغى أن ينتظر ليـعلم ما حكمه، فـقد رواه وفى سيـاقه فقـال: يا رسول الله عرجت فقـال: «قد نهيتك فعـصيتنى فأبعدك الله وبطل عـرجك» ثم نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صـاحبه، وهذه زيادة يجب قبولها، وهى مـتأخرة عن الاقتصاص فـتكون ناسخة له وفى نفس الحديث ما يدل على أن استقادته قبل البرء معصية لقوله: «قد نهيتك فعصيتنى» وما ذكروه ممنوع وهو مبنى الخلاف.

46- **مـسـألة:** (فإن فعل ذلك سـقط حقه من سرايته فلو سرى إلى نفسه كان هدرًا ولو

---

(7) تقدم برقم (٢٨) مسألة رقم (١٤٥١).

المجنى عليه: بل عـفوت إلى مال، أو قال: عفوت عن الجناية، وما يـحدث منها، قال: بل عفوت عنها دون ما يحدث منها، فالقول قـول المجنى عليه أو وليه إن كان الخلاف معه، لأن الأصل عدم العـفو عن الجميـع، وقد ثبت العفو عن البـعض بإقرار، فيكون القـول فى عدم سقوطه قوله.

١٤٥٦- **مسألة:** قال: (وإذا اشترك الجماعة فى القتل فأحب الأولياء أن يقتلوا الجميع فلهم ذلك، وإن أحبـوا أن يقتلوا البعض، ويعفـوا عن البعض، ويأخذوا الدية من البـاقين فلهم ذلك).

أما قتلهم للجميع فقد ذكرنا فيـما مضى، وأما إن أحبوا قتل البعض فلهم ذلك، لأن كل من لهم قتله فلهم العفو عنه كالمنفرد، ولا يسقط القـصاص عن البعض بعفو البعض، لأنهما شخصان، فلا يسقط القصاص عن أحدهمـا بإسقاطه عن الآخر كما لو قتل كل واحد رجلاً، وأما إذا اختاروا أخذ الدية من القاتل أو من بعض القـتلة، فإن لهم هذا من غير رضا الجانى، وبهذا قال سـعيد بن المسيب وابن سـيرين والشافعى وعطاء ومجـاهد وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر، وقال النخعى ومالك وأبو حنيفـة: ليس للأولياء إلا القتل، إلا أن يصطلحا على الدية برضا الجـانى، وعن مالك رواية أخرى كقـولنا، واحتجوا بقـوله تعالى: ﴿كُـــتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ﴾ (البقرة: ١٧٨) والمكتوب لا يتخير فيه، ولأنه متلف يجب به البدل فكان بدله معيناً كسائر أبدال المتلفات.

سرى القصـاص إلى نفس الجانى كان هدرًا أيضًا، وقـال الشافعى: هى مضمـونة، لأنها سراية جناية فكانت مضمونة كما لو لم يقتص).

ولنا: الخبر المذكور، ولأنه استعجل ما لم يكن له اسـتعجاله فبطل حقه كقاتل موروثه، وبهذا فارق من لم يقتـص فعلى هذا لو سرى القطعان جميعًـا فمات الجانى والمستـوفى فهما هدر، وقال أبو حنيفة: يجب ضمان كل واحد منهما، لأن سراية كل واحد منهما مضمونة ثم يتقاصـان، وقال الشافعى: إن مات المـجنى عليه أولاً ثم مات الجانى كان قـصاصًا، به لأنه مات من سـراية القطع، فقـد مات بفـعل المجنى عليـه، وإن مات الجانى فكـذلك فى أحد الوجهـين، وفى الآخر يكون موت الجـانى هدرًا، ولولى المجنى عليه نصف الدية، فـأما إن سرى أحد القطعين دون صاحبه فعندنا هو عـذر لا ضمان فيه، وعند أبى حنيفة: يجب ضمان سرايته، وعند الشافـعى إن سرت الجناية فهى مضمونة، وإن سرى الاستيـفاء لم يجب ضمانه ومبنى ذلك على ما تقدم من الخلاف.

فصل: وإن اندمل جرح الجناية فاقتص منه ثم انتقض فسرى فـسرايته مضمونة، وسراية الاستيـفاء غير مـضمونة، لأنه اقتص بعد جواز القصـاص، فعلى هذا لو قطع يدى رجل فبرأ

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ (البقرة:١٧٨) قال ابن عباس: كان في بني إسرائيل القصاص، ولم يكن فيهم الدية فأنزل الله تعالى هذه الآية: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾ الآية ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ فالعفو أن تقبل في العمد الدية ﴿فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ يتبع الطالب بالمعروف ويؤدى إليه المطلوب: «بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ مما كتب على من قبلكم» رواه البخاري(٤٢).

وروى أبو هريرة قال: قام رسول الله ﷺ فقال: «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودى وإما يقاد» متفق عليه(٤٣).

وروى أبو شريح: أن النبي ﷺ قال: «ثم أنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل، وأنا والله عاقله؛ فمن قتل بعده قتيلاً فأهله بين خيرتين: إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا الدية»(٤٤) رواه أبو داود وغيره، ولأن القتل المضمون إذا سقط فيه القصاص من غير إبراء ثبت المال، كما لو عفا بعض الورثة، ويخالف سائر المتلفات، لأن بدلها يجب من جنسها، وههنا يجب في الخطأ وعمد الخطأ من غير الجنس، فإذا رضي في العمد ببدل الخطأ كان له ذلك، لأنه أسقط بعض حقه، ولأن القاتل أمكنه إحياء نفسه ببذل الدية فلزمه وينتقض ما ذكروه بما إذا كان رأس الشاج أصغر، أو يد القاطع أنقص فإنهم سلموا فيهما.

فصل: واختلفت الرواية في موجب العمد فروى عن أحمد رحمه الله أن موجبه القصاص عينًا لقوله ﷺ: «من قتل عمدًا فهو قود»(٤٥) ولما ذكروه في دليلهم، وروى أن موجبه أحد شيئين القصاص أو الدية لما ذكرناه قبل هذا ولأن الدية أحد بدلي النفس فكانت

فاقتص ثم انتقض جرح المجني عليه فمات فلوليه قتل الجاني، لأنه مات من جنايته، وقال ابن أبي موسى: إذا جرحه فبرأ ثم انتقض فمات فلا قود فيه.

ولنا: أن الجناية لو سرت إلى النفس قبل الاندمال وجب القصاص فكذلك بعده، وإن عفا إلى الدية فلا شيء له، لأنه استوفى بالقطع ما قيمته دية، وهو يداه، وإن سرى الاستيفاء لم يجب أيضًا شيء، لأن القصاص قد سقط، بموته والدية لا يمكن إيجابها لما ذكرنا، وإن كان المقطوع بالجناية يدًا فلوليه الخيار بين القصاص في النفس وبين العفو إلى نصف الدية ومتى سقط القصاص بموت الجاني أو غيره وجب نصف الدية في تركة الجاني أو ماله إن كان حيًا.

---

(٤٢) أخرجه البخاري في «التفسير» (٨/ ح٤٤٩٨/ فتح) والنسائي في «القسامة» (٨/ ح٤٧٩٥) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٤٣) تقدم برقم (٧) مسألة رقم (١٤١٦).

(٤٤) تقدم برقم (١٠) مسألة رقم (١٤٣٧).

(٤٥) تقدم برقم (٢٢) مسألة رقم (١٤١٧).

بدلاً عنهـا لا عن بدلها كالـقصاص، وأمـا الخبـر فالمـراد به وجوب القود ونحـن نقول به، ويخالف القتل سائر المتلفات، لأن بدلها لا يختلف بالقصد وعدمه والقتل بخلافه، وللشافعى قولان كالروايتين، فإذا قلنا: مـوجبه القصاص عينًا فله العفو إلى الدية والعفـو مطلقًا فإذا عفا مطلقًا لم يجب شىء، وهذا ظاهر مذهب الشافـعى، وقال بعضهم: تجب الدية لئلا يطل الدم وليس بشىء لأنه لو عفا عن الدية بعد وجوبها صح عفوه، وإن عفا عن القصاص بغير مال لم يجب شىء، فأما إن عـفا عن الدية لم يصح عفوه، لأنهـا لم تجب، وإن قلنا: الواجب أحد شيئين لا بعينه فعفا عن القصاص مطلقًا أو إلى الدية وجبت الدية لأن الواجب غير معين، فإذا ترك أحدهما وجب الآخر، وإن اختار الدية سقط القصاص، وإن اختار القصاص تعين وهل له بعد ذلك العفـو على الدية؟ قال القاضى: له ذلك، لأن القصـاص أعلى فكان له الانتقال إلى الأدنى، ويكون بدلاً عن القصاص، وليست التى وجـبت بالقتل كما قلنا فى الرواية الأولى أن الواجب القصاص عينًا، وله العفو إلى الدية، ويحتمل أنه ليس له ذلك، لأنه أسقطها باختياره القود فلم يعد إليها.

فصل: وإذا جنى عبد على حر جناية موجبة للقصاص فاشتراه المجنى عليه بأرش الجناية سقط القصاص لأن عـدوله إلى الشراء اختيار للمال ولا يصح الشراء لأنهمـا إن لم يعرفا قدر الأرش فالثمن مجهول، وإن عرفا عدد الإبل وأسنانها فصفتها مجهولة والجهل بالصفة كالجهل بالذات فى فساد البـيع، ولذلك لو باعه شيئًا يحـمل جذع غير معـروف الصفة لم يصح، وإن قدر الأرش بذهب أو فضة وباعه به صح.

فـصل: إذا وجب القصاص لصغير لم يجز لوليـه العفو إلى غير مال لأنه لا يملك إسقاط حقـه وإن أحب العفو إلى مال وللصبى كفاية من غيـره لم يجز لأن فيه تفويت حقه من غير حاجة فإن كان فقيرًا محتاجًا ففيه وجهان:

أحدهما: له ذلك لحاجته إلى المال لحفظه قال القاضى: هذا أصح، والثانى: لا يجوز، لأنه لا يملك إسقاط قـصاصه، وأما حاجتـه فإن نفقته فى بيت المال والصـحيح الأول، فإن

فـصل: ولو قطع كتابى يد مسلم فبرأ واقتص ثم انـتقض جرح المسلم ومات فلوليه قتل الكتابى والعفو إلى أرش الجرح، وفى قدره وجهان:

أحدهما: نصف الدية، لأنه قد استوفى بدل يده بالقصاص، وبدلها نصف ديته، فبقى له نصفها كما لو كان القاطع مسلمًا.

والثـانى: له ثلاثة أرباعها، لأن يد اليهودى تعـدل نصف دية، وذلك ربع دية المسلم فقد استـوفى ربع ديته، وبقى له ثلاثة أربـاعـها، وإن كان قطع يدى المـسلم فاقـتص منه ثم مات المسلم فـعفا وليه إلى مـال انبنى على الوجهين، وإن قلنا تعـتبر قـيمة يد اليهـودى فله هـٰهنا نصف الدية وإن قلنا: الاعتبار بقيمة يد المسلم فلا شىء له هـٰهنا، لأنه قد استوفى بدل يديه،

وجوب النفقة في بيت المال لا يغنيه إذا لم يحصل، فأما إن كان مستحق القصاص مجنونًا فقيرًا فلوليه العفو على المال، لأنه ليس حالة معتادة ينتظر فيها رجوع عقله (٤٦).

فصل: ويصح عفو المفلس والمحجور عليه لسفه عن القصاص، لأنه ليس بمال، وإن أراد المفلس القصاص لم يكن لغرمائه إجباره على تركه، وإن أحب العفو عنه إلى مال فله ذلك، لأن فيه حظًا للغرماء، وإن أراد العفو على مال، انبنى على الروايتين إن قلنا الواجب القصاص فله ذلك، لأنه لم يثبت له مال يتعلق به حق الغرماء، وإن قلنا: الواجب أحد شيئين لم يملك لأن المال يجب بقوله عفوت عن القصاص، فقوله على غير مال إسقاط له بعد وجوبه وتعيينه ولا يملك ذلك وهكذا الحكم في السفيه ووارث المفلس، وإن عفا المريض على غير مال فذكر القاضي في موضع: أنه يصح سواء خرج من الثلث أو لم يخرج وذكر أن أحمد نص على هذا، وقال في موضع يعتبر خروجه من ثلثه ولعله ينبني على الروايتين في موجب العمد على ما مضى.

فصل: وإذا قتل من لا ولي وارث له فالأمر إلى السلطان، فإن أحب القصاص فله ذلك، وإن أحب العفو على مال فله ذلك، وإن أحب العفو إلى غير مال لم يملكه لأن ذلك للمسلمين ولا حظ لهم في هذا، وهذا قول أصحاب الرأي إلا أنهم لا يرون العفو على مال إلا برضا الجاني.

فصل: وإذا اشترك الجماعة في القتل فعفى عنهم إلى الدية فعليهم دية واحدة، وإن عفا عن بعضهم فعلى المعفو عنه قسطه من الدية، لأن الدية بدل المحل، وهو واحد فتكون ديته واحدة سواء أتلفه واحد أو جماعة، وقال ابن أبي موسى: فيه رواية أخرى: أن على كل واحدة دية كاملة، لأن له قتل كل واحد منهم، فكان على كل واحد منهم دية نفس كاملة كما لو قلع الأعور عين صحيح، فإنه تجب عليه دية عينه، وهو دية كاملة، والصحيح الأول، لأن الواجب بدل المتلف فلا يختلف المتلف، ولذلك لو قتل عبد قيمته ألفان حرًا لم يملك العفو على أكثر من الدية، وأما القصاص فإنه عقوبة على الفعل فيتعدد بتعدده.

١٤٥٧- **مسألة:** قال: **(وإن قتل من للأولياء أن يقيدوا به فبذل القاتل أكثر من الدية على أن لا يقاد فللأولياء قبول ذلك)**.

وجملته: أن من له القصاص له أن يصالح عنه بأكثر من الدية وبقدرها وأقل منها لا أعلم فيه خلافًا لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «من قتل

وهما جميع ديته، ولو كان القطع في يديه ورجليه فعفا إلى الدية لم يكن له شيء وجهًا واحدًا، لأن دية ذلك دية المسلم، ولو كان الجاني امرأة فالحكم على ما ذكرنا سواء، لأن ديتها نصف دية الرجل.

---

(٤٦) في بعض النسخ: إفاقته.

عمدًا دفع إلى أولياء المقتول فإن شاءوا قتلوا وإن شاءوا أخذوا الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة، وما صولحوا عليه فهو لهم، وذلك لتشديد القتل» (٤٧)رواه الترمذى وقال حديث حسن غريب، وروينا: أن هدبة بن خشرم قتل قتيلاً فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فأبى ذلك وقتله (٤٨)، ولأنه عوض عن غير مال فجاز الصلح عنه بما اتفقوا عليه كالصداق وعوض الخلع، ولأنه صلح عما لا يجرى فيه الربا فأشبه الصلح عن العروض.

١٤٥٨- مسألة: قال: **(وإذا أمسك رجلاً وقتله آخر قتل القاتل وحبس الماسك حتى يموت).**

يقال أمسك ومسك ومسَّك، وقد جمع الخرقى بين اللغتين فقال: إذا أمسك وحبس الماسك وهو اسم الفاعل من مسك مخففًا، ولا خلاف فى أن القاتل يقتل، لأنه قتل من يكافئه عمدًا بغير حق، وأما الممسك فإن لم يعلم أن القاتل يقتله فلا شىء عليه، لأنه متسبب، والقاتل مباشر، فسقط حكم المتسبب به، وإن أمسكه له ليقتله مثل أن ضبطه له حتى ذبحه له، فاختلفت الرواية فيه عن أحمد، فروى عنه أنه يحبس حتى يموت، وهذا قول عطاء وربيعة وروى ذلك عن على وروى عن أحمد أنه يقتل أيضًا، وهو قول مالك، قال سليمان بن أبى موسى (٤٩): الاجتماع فينا أن يقتل، لأنه لو لم يمسكه ما قدر على قتله وبإمساكه تمكن من قتله فالقتل حاصل بفعلهما فيكونان شريكين فيه فيجب عليهما القصاص كما لو جرحاه، وقال أبو حنيفة والشافعى وأبو ثور وابن المنذر: يعاقب ويأثم ولا يقتل لأن النبى ﷺ قال: «إن أعتى الناس على الله من قتل غير قاتله» (٥٠) والممسك غير قاتل، ولأن الإمساك سبب غير ملجئ، فإذا اجتمعت معه المباشرة كان الضمان على المباشر كما لو لم يعلم الممسك أنه يقتله.

ولنا: ما روى الدارقطنى بإسناده عن ابن عمر أن النبى ﷺ قال: «إذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذى قتل ويحبس الذى أمسك» (٥١) ولأنه حبسه إلى الموت، فيحبس الآخر إلى الموت كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فإننا نفعل به ذلك حتى يموت.

فصل: إذا قطع يد رجل من الكوع ثم قطعها آخر من المرفق فمات بسرايتها فللولى قتل القاطعين، وليس له أن يقطع طرفيهما فى أحد الوجهين، وفى الآخر له قطع يد القاطع من

---

(٤٧) أخرجه الترمذى فى «الديات» (٤/ ح١٣٨٧) وابن ماجه (٢/ ح٢٦٢٦) وإسناده حسن.

(٤٨) تقدم برقم (٣٢) مسألة رقم (١٤٥٤).

(٤٩) فى بعض النسخ: سليمان بن موسى.

(٥٠) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٦٧٥٧) وفى «السنن الكبرى» للبيهقى (٨/ ٢٦) وإسناده صحيح.

(٥١) أخرجه الدارقطنى فى «سننه» (٣/ ١٧٦/ ص١٤٠) من طريق إسماعيل ابن أمية عن نافع عن ابن عمر عن النبى... فذكره.

فـصل: وإن اتبع رجلاً ليقتله فـهرب منه فأدركه آخر فقطع رجله ثم أدركـه الثانى فقتله نظرت، فإن كان قصد الأول حبسه بالقطع ليقتله الثانى فعليه القصاص فى القطع، وحكمه فى القصاص فى النفس حكم الممسك، لأنه حبسه على القـتل، وإن لم يقصد حبسه فعليه القطع دون القتل كـالذى أمسكه غـير عالم، وفـيه وجـه حر ليس عليه إلا القـطع بكل حال والأول أصح، لأنه الحابس له بفعله فأشبـه الحابس بإمساكه، فـإن قـيل: لم اعتبرتم قـصد الإمساك هـهنا، وأنتم لا تعتبرون إرادة القتل فى الخارج؟ قلنا: إذا مات من الجرح فقد مات من سرايته وأثره، فنعتبر قـصد الجرح الذى هو السبب دون قصد الأثر، وفى مسألتنا إنمـا كان موته بأمر غير السراية والفعل ممكن له عليه فاعتبر قصده لذلك الفعل كما لو أمسكه.

١٤٥٩- **مـسألة:** قـال: (**ومن أمر عبده أن يقتل رجلاً وكان الـعبد أعجميّا لا يعلم أن القتل محرم قتل السيد وإن كان يعلم خطر القتل قتل العبد وأدب السيد**).

إنما ذكـر الخرقى كونه أعجـميّا، وهو الذى لا يفصح لـيتحقق منه الجـهل، وإنما يكون الجهل فى حق مـن نشأ فى غيـر بلاد الإسلام، فأمـا من أقام فى بلاد الإسـلام بين أهله فلا يخفى عليه تحريم القتل ولا يعذر فى فعله، ومتى كان العبد يعلم تحريم القتل فالقصاص عليه ويؤدب سيـده لأمره بما أفضى إلى القـتل بما يراه الإمام من الحـبس والتعزير، وإن كان غـير عالم بخطره فالقصاص على سيده، ويؤدب الـعبد، قال أحمد: يضرب ويؤدب، ونقل عنه أبو طالب قال: يقتل الولى ويحبس العـبد حتى يموت، لأن العبد سوط المولى وسـيفه، كذا قال على وأبو هريرة، وقال على ﷺ: يستودع السجن، وممن قـال بهذه الجملة الشافعى، وممن قال: إن السيد يقتل: على وأبو هريرة، وقال قتادة: يقتـلان جميعًا، وقال سليمان بن موسى: لا يقتل الآمر ولكن يديه ويعاقب ويحبس، لأنه لم يباشر القتل ولا ألجأ إليه، فلم يجب عليه قصاص كما لو علم العبد خطر القتل.

ولنا: أن العبـد إذا كان غيـر عالم بخطر القتل فـهو معـتقد إباحـته، وذلك شبـهة تمنع القصاص كمـا لو اعتقده صيداً فـرماه فبان إنسانًا، ولأن حكمة القـصاص الردع والزجر، ولا يحصل ذلك فى معـتقد الإباحة وإذا لم يجب عليه وجب علـى السيد، لأنه آلة له، لا يمكن إيجاب القصـاص عليه، فوجب على المتسبب به كـما لو أنهشه حية أو كلبًـا أو ألقاه فى زبية أسد فأكله، ويفارق هذا ما إذا علم خطر القتل فإن الـقصاص على العبد لإمكان إيجابه عليه،

الكوع، فإن قطعها ثم عفا عنه فله نصف الدية، وأمـا الآخر فإن كانت يده مقطوعة من الكوع قطعها من المرفق ثم عفا فله دية الأقدر الحكومة فى الذراع، ولو كانت يد القاطع من المرفق صحيحة لم يجـز قطعها رواية واحدة، لأنه يأخذ صحيحة بمـقطوعة، وإن قطع أيديهما وهما صحيحان أو قطع رجلان يديه فقطع أيديهما ثم سرت الجناية فمات من قطعهما فليس لوليهما العفو إلى الدية، لأنه قد استوفى ما قيمته دية، وإن اختار قتلهما فله ذلك.

وهو مباشر له، فانقطع حكم الأمر كالدافع مع الحافر ويكون على السيد الأدب لتعديه بالتسبب إلى القتل.

فصل: ولو أمر صبيًا لا يميز أو مجنونًا أو أعجميًا لا يعلم خطر القتل فقتل فالحكم فيه كالحكم فى العبد يقتل الآمر دون المباشر، ولو أمره بزنا أو سرقة لم يجب الحد على الآمر، لأن الحد لا يجب إلا على المباشر، والقصاص يجب بالتسبب، ولذلك وجب على المكره والشهود فى القصاص.

فصل: ولو أمر السلطان رجلاً فقتل آخر، فإن كان القاتل يعلم أنه لا يستحق قتله فالقصاص عليه دون الآمر، لأنه غير معذور فى فعله، فإن النبى ﷺ قال: «لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق»[٥٢] وعنه ﷺ أنه قال: «من أمركم من الولاة بغير طاعة الله تعالى فلا تطيعوه»[٥٣] فلزمه القصاص كما لو أمره غير السلطان، فإن لم يعلم ذلك فالقصاص على الآمر دون المأمور، لأن المأمور معذور لوجوب طاعة الإمام فيما ليس بمعصية، والظاهر أنه لا يأمر إلا بالحق وإن أمره غير السلطان من الرعية بالقتل فقتل فالقود على المأمور بكل حال علم أو لم يعلم، لأنه لا يلزمه طاعته، وليس له القتل بحال بخلاف السلطان، فإن إليه القتل للردة والزنا وقطع الطريق إذا قتل القاطع ويستوفى القصاص للناس، وهذا ليس إليه شىء من ذلك، وإن أكرهه السلطان على قتل أحد أو جلده بغير حق فمات فالقصاص عليهما وإن وجبت الدية كانت عليهما، فإن كان الإمام يعتقد جواز القتل دون المأمور كمسلم قتل ذميًا أو حر قتل عبدًا فقتله فقال القاضى: الضمان عليه دون الإمام، لأن الإمام أمره بما أدى اجتهاده إليه، والمأمور لا يعتقد جوازه فلم يكن له أن يقبل أمره، فإذا قتله لزمه الضمان، لأنه قتل من لا يحل له قتله وينبغى أن يفرق بين العامى والمجتهد فإن كان مجتهدًا فالحكم فيه على ما ذكره القاضى، وإن كان مقلدًا فلا ضمان عليه، لأن له تقليد الإمام فيما رآه، وإن كان الإمام يعتقد تحريمه، والقاتل يعتقد حله فالضمان على الآمر كما لو أمر السيد الذى لا يعتقد تحريم القتل به والله أعلم.

---

(٥٢) أخرجه أحمد فى «مسنده» (١/ ١٣١) من حديث على بلفظ: «لا طاعة لمخلوق فى معصية الله» وأيضًا (٤/ ٤٢٦) (٥/ ٦٦/ ٦٧) من حديث عمرو بن حصين.

وقال الشيخ أحمد شاكر: إسناده صحيح، وهذا من زيادات عبد الله بن أحمد، ومسلم (٣/ إمارة/ باب وجوب طاعة الأمراء فى غير معصية/ ص١٤٦٩/ ح٣٩) من حديث على بلفظ: «لا طاعة فى معصية الله إنما الطاعة فى المعروف» وأبو داود (٣/ ٢٦٢٥) والنسائى (٧/ ٤٢١٦) من حديث على.

(٥٣) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (٢/ ٢٨٦٣) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٦٧) من حديث أبى سعيد الخدرى بلفظ: «من أمركم بمعصية الله فلا تطيعوه» وإسناده حسن.

كتاب الديات

الأصل في وجوب الدية الكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَن يَصَّدَّقُوا﴾ (النساء: ٩٢) الآية، وأما السنة فروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن النبي ﷺ كتب لعمرو بن حزم كتابًا إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وقال فيه: «وإن في النفس مائة من الإبل»[1] رواه النسائي في سننه ومالك في موطئه قال ابن عبد البر: وهو كتاب مشهور عند أهل السير ومعروف عند أهل العلم معرفة يستغني بشهرتها عن الإسناد لأنه أشبه المتواتر في مجيئه في أحاديث كثيرة تأتي في مواضعها من الباب إن شاء الله، وأجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجملة.

١٤٦٠ – **مسألة:** قال أبو القاسم رحمه الله: **(ودية الحر المسلم مائة من الإبل)**.

أجمع أهل العلم على أن الإبل أصل في الدية، وأن دية الحر المسلم مائة من الإبل، وقد دلت عليه الأحاديث الواردة منها حديث عمرو بن حزم وحديث عبد الله بن عمر في دية خطأ العمد وحديث ابن مسعود في دية الخطأ وسنذكرها إن شاء الله، وظاهر كلام الخرقي أن

كتاب الديات

الأصل في وجوب الدية الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَن يَصَّدَّقُوا﴾ وأما السنة فروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن النبي ﷺ كتب لعمرو بن حزم كتابًا إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وقال فيه: «وفي النفس مائة من الإبل» رواه النسائي في سننه ومالك في موطئه قال ابن عبد البر: وهو كتاب مشهور عند أهل السير، ومعروف عند أهل العلم معرفة يستغني بشهرتها عن الإسناد، لأنه أشبه المتواتر في مجيئه في أحاديث كثيرة تأتي في مواضعها من الباب إن شاء الله تعالى، وأجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجملة.

أ- مسألة: **(كل من أتلف إنسانًا أو جزءًا منه بمباشرة أو سبب فعليه ديته سواء كان مسلمًا أو ذميًا مستأمنًا أو مهادنًا)**.

لما ذكرنا من الآية وفيها: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾

---

(١) أخرجه النسائي في «القسامة» (٨/ ح٤٨٦٨) والدارمي في «الديات» (٢/ ح٢٣٦٥) والموطأ للإمام مالك (٢/ ٨٤٩) والحاكم في «المستدرك» (١/ ٣٩٧) وصححه والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٧٣، ١٠٠) وإسناده صحيح.

الأصل فى الدية الإبل لا غير، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله ذكر ذلك أبو الخطاب، وهو قول طاوس والشافعي وابن المنذر، وقال القاضى: لا يختلف المذهب أن أصول الدية الإبل والذهب والورق والبقر والغنم فهذه خمسة لا يختلف المذهب فيها، وهذا قول عمر وعطاء وطاوس وفقهاء المدينة السبعة، وبه قال الثورى وابن أبى ليلى وأبو يوسف ومحمد، لأن عمرو بن حزم روى فى كتابه أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن: «وأن فى النفس المؤمنة مائة من الإبل، وعلى أهل الورق ألف دينار» (٢) رواه النسائى.

وروى ابن عباس: أن رجلاً من بنى عدى قتل فجعل النبى ﷺ ديته اثنى عشر ألفًا (٣)، رواه أبو داود وابن ماجه، وروى الشعبى: أن عمر جعل على أهل الذهب ألف دينار.

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قام خطيبًا فقال: ألا إن الإبل قد غلت قال: فقوم على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق اثنى عشر ألفًا، وعلى أهل البقر مائتى بقرة، وعلى أهل الشاة ألف شاة، وعلى أهل الحلل مائتى حلة، رواه أبو داود (٤).

ولنا: قول النبى ﷺ: «ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل» (٥) ولأن النبى ﷺ فرق بين دية العمد والخطأ فغلظ بعضها وخفف بعضها (٦)، ولا يتحقق هذا فى غير الإبل، ولأنه بدل متلف حقًا لآدمى فكان متعينًا كعوض الأموال، وحديث ابن عباس يحتمل أن النبى ﷺ أوجب الورق بدلاً عن الإبل، والخلاف فى كونها أصلاً، وحديث عمرو بن شعيب يدل على أن الأصل الإبل، فإن إيجابه لهذه المذكورات على سبيل التقويم لغلاء الإبل، ولو كانت أصولاً بنفسها لم يكن إيجابها تقويمًا للإبل ولا كان لغلاء الإبل أثر فى ذلك ولا لذكره معنى.

(النساء: ٩٢) وعبر عن الذمة بالميثاق، وحديث أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم حين كتب له النبى ﷺ كتابًا إلى أهل اليمن ذكر فيه الديات، وأجمع أهل العلم على ذلك فى الجملة.

---

(٢) انظر الحديث السابق.

(٣) أخرجه أبو داود فى «الديات» (٤/ ٤٥٤٦) وابن ماجه فى «السنن» (٢/ ح٢٦٢٩) والترمذى فى «الديات» (٤/ ح١٣٨٨) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٧٨) من طريق محمد بن مسلم الطائفى عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس... به وإسناده ضعيف، ورواه الترمذى عن عكرمة أيضًا مرسلاً (١٣٨٩) ولم يذكر فيه ابن عباس والصواب المرسل، والله أعلم.

(٤) أخرجه أبو داود (٤/ ح٤٥٤٢) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٧٧) وابن عبد البر فى «التمهيد» (١٧/ ٣٤٧) وإسناده حسن.

(٥) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٢/ ١١) من حديث ابن عمر، وقال الشيخ أحمد شاكر فى إسناده: والواضح عنده أنه صحيح والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٤٤).

(٦) تقدم فى المسألة رقم (٧٤٣/ ح٥/ ٦١١).

وقد روى: أنه كان يقوم الإبل قبل أن تغلو بثمانية آلاف درهم، ولذلك قيل: إن دية الذمى أربعة آلاف درهم، وديته نصف الدية، فكان ذلك أربعة آلاف حين كانت الدية ثمانية آلاف درهم.

فصل: فإذا قلنا: هى خمسة أصول، فإن قدرها من الذهب ألف مثقال ومن الورق اثنا عشر ألف درهم، ومن البقر والحلل مائتان، ومن الشاة ألفان، ولم يختلف القائلون بهذه الأصول فى قدرها من الذهب ولا من سائرها إلا الورق، فإن الثورى وأبا حنيفة وصاحبيه قالوا: قدرها عشرة آلاف من الورق، وحكى ذلك عن ابن شبرمة لما روى الشعبى أن عمر جعل على أهل الورق عشرة آلاف، ولأن الدينار معدول فى الشرع بعشرة دراهم بدليل أن نصاب الذهب عشرون مثقالاً ونصاب الفضة مائتان(٧)، وبما ذكرناه قال الحسن وعروة ومالك والشافعى فى قول، وروى ذلك عن عمر وعلى وابن عباس لما ذكرنا من حديث ابن عباس وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عمر، ولأن الدينار معدول باثنى عشر درهمًا بدليل أن عمر فرض الجزية على الغنى أربعة دنانير أو ثمانية وأربعين درهمًا، وعلى المتوسط دينارين أو أربعة وعشرون درهمًا، وعلى الفقير دينارًا أو اثنا عشر درهمًا(٨)، وهذا أولى مما ذكروه فى نصاب الزكاة، ولأنه لا يلزم أن يكون نصاب أحدهما معدولاً بنصاب الآخر كما أن السائمة من بهيمة الأنعام ليس نصاب شىء منها معدولاً بنصاب غيره، قال ابن عبد البر ليس مع من جعل الدية عشرة آلاف عن النبى ﷺ حديث مسند ولا مرسل(*)، وحديث الشعبى عن عمر يخالفه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه.

فصل: وعلى هذا أى شىء أحضره من عليه الدية من القاتل أو العاقلة من هذه الأصول لزم الولى أخذه، ولم يكن له المطالبة بغيره سواء كان من أهل ذلك النوع أو لم يكن، لأنها أصول فى قضاء الواجب يجزئ واحد منها، فكانت الخيرة إلى من وجبت عليه كخصال الكفارة وكشاتى الجبران فى الزكاة مع الدراهم، وإن قلنا: الأصل الإبل خاصة، فعليه تسليمها إليه سليمة من العيوب، وأيهما أراد العدول عنها إلى غيرها فللآخر منعه، لأن الحق متعين فيها فاستحقت كالمثل فى المثليات المتلفة، وإن أعوزت الإبل ولم توجد إلا بأكثر من ثمن المثل فله العدول إلى ألف دينار أو اثنى عشر ألف درهم، وهذا قول الشافعى القديم، وقال فى الجديد: تجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت لحديث عمرو بن شعيب عن عمر فى تقويم الإبل، ولأن ما ضمن بنوع من المال وجبت قيمته كذوات الأمثال، ولأن الإبل إذا أجزأت إذا قلت قيمتها ينبغى أن تجزئ وإن كثرت قيمتها كالدنانير إذا غلت أو رخصت وهكذا ينبغى أن

---

(٧) أخرجه ابن أبى شيبة فى «المصنف» من كتاب «الديات» (٩/ ١٢٧).

(٨) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٩/ ١٩٦) من حديث عمرو قال: مرسل.

(*) ذكره ابن عبد البر فى «التمهيد» (١٧/ ٣٤٧).

تقول إذا غلت الإبل كلها، فأما إن كانت الإبل موجودة بثمن مثلها إلا أن هذا لم يجدها لكونها فى غير بلده نحو ذلك، فإن عمر قوم الدية من الدراهم اثنى عشر ألفًا وألف دينار.

فصل: وظاهر كلام الخرقى أنه لا يعتبر قيمة الإبل بل متى وجدت على الصفة المشروطة وجب أخذها قلت قيمتها أو كثرت، وهذا ظاهر مذهب الشافعى، وذكر أصحابنا أن ظاهر مذهب أحمد أن تؤخذ مائة قيمة كل بعير منها مائة وعشرون درهمًا، فإن لم يقدر على ذلك أدى اثنى عشر ألف درهم أو ألفى دينار، لأن عمر قوم الإبل على أهل الذهب ألف مثقال وعلى أهل الورق اثنى عشر ألفًا، فدل على أن ذلك قيمتها، ولأن هذه إبدال محل واحد فيجب أن تتساوى فى القيمة كالمثل، والقيمة فى بدل القرض والمتلف فى المثليات.

ولنا: قول النبى ﷺ: «فى النفس المؤمنة مائة من الإبل»(٩) وهذا مطلق فتقييده يخالف إطلاقه فلم يجز إلا بدليل، ولأنها كانت تؤخذ على عهد رسول الله ﷺ وقيمتها ثمانية آلاف، وقول عمر فى حديثه أن الإبل قد غلت فقومها على أهل الورق اثنى عشر ألفًا دليل على أنها فى حال رخصها أقل قيمة من ذلك، وقد كانت تؤخذ فى عصر رسول الله ﷺ وأبى بكر وصدر من ولاية عمر مع رخصها وقلة قيمتها ونقصها عن مائة وعشرين، فإيجاب ذلك فيها خلاف سنة رسول الله ﷺ ولأن النبى ﷺ فرق بين دية الخطأ والعمد فغلظ دية العمد وخفف دية الخطأ، وأجمع عليه أهل العلم واعتبارها بقيمة واحدة تسوية بينهما، وجمع بين ما فرقه الشارع وإزالة للتخفيف والتغليظ جميعًا بل هو تغليظ لدية الخطأ، لأن اعتبار ابن مخاض بقيمة ثنية أو جذعة يشق جدًا فيكون تغليظًا للدية فى الخطأ وتخفيفًا لدية العمد، وهذا خلاف ما قصده الشارع، وورد به، ولأن العادة نقص قيمة بنات المخاض عن قيمة الحقاق والجذعات فلو كانت تؤدى على عهد النبى ﷺ بقيمة واحدة ويعتبر ذلك فيها لنقل، ولم يجز الإخلال به، لأن ما ورد به الشرع مطلقًا إنما يحمل على العرف والعادة، فإذا أريد به ما يخالف العادة وجب بيانه وإيضاحه لئلا يكون تلبيسًا فى الشريعة وإيهامهم أن حكم الله خلاف ما هو حكمه على الحقيقة والنبى ﷺ بعث للبيان قال الله تعالى: ﴿لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ (النحل: ٤٤) فكيف يحمل قوله على الإلباس والإلغاز؟ هذا مما لا يحل، ثم لو حمل الأمر على ذلك لكن الأسنان عبثًا غير مفيد، فإن فائدة ذلك إنما هو كون اختلاف أسنانها مظنة اختلاف القيم فأقيم مقامه، ولأن الإبل أصل فى الدية فلا تعتبر قيمتها بغيرها كالذهب والورق، ولأنها أصل فى الوجوب فلا تعتبر قيمتها كالإبل فى السلم وشاة الجبران، وحديث عمرو بن شعيب حجة لنا، فإن الإبل كانت تؤخذ قبل أن تغلو ويقومها عمر وقيمتها أقل من اثنى عشر ألفًا، وقد قيل: إن قيمتها كانت ثمانية ألاف ولذلك قال عمر: دية الكتابى

---

(٩) تقدم برقم (١).

أربعة آلاف[١٠]، وقولهم: إنها إبدال محل واحـد فلنا أن نمنع ونقول، البدل إنما هو الإبل وغيرها معتـبر بها، وإن سلمنا فهو منتقض بالذهب والورق، فإنه لا يعتبـر تساويهما وينتقض أيضًا بشاة الجـبران مع الدراهم، وأما بدل القرض والمتلف فـإنما هو المثل خاصة، والقـيمة بدل عنه، ولذلك لا تجب إلا عند العجز عنه بخلاف مسألتنا.

فإن قـيل: هذا حجة عليكم لقولكم: إن الإبل هى الأصل، وغيرها بدل عنها، فيجب أن يساويها كالمثل والقيمة، **قلنا**: إذا ثبت لنا هذا ينبغى أن يقوم غيرها بها ولا تقوم هى بغيرها، لأن البدل يتبع الأصل ولا يتـبع الأصل البدل على أنا نقول: إنما صير إلى التـقدير بهذا، لأن عمر ﷺ قومـها فى وقته بذلك فوجب المصيـر إليه كى لا يؤدى إلى التنازع والاختلاف فى قيمة الإبل الواجبة كما قدر لبن المصراة بصاع من التمر نفيًا للتنازع فى قيمته، فلا يوجب هذا أن يرد الأصل إلى التقويم فيفضى إلى عكس حكمـة الشرع، ووقوع التنازع فى قيمة الإبل مع وجوبها بعـينها على أن المعتبـر فى بدلى القرض مساواة المحل المـقرض فاعتبـر مساواة كل واحد من بدليه له والدية غير معتبرة بقيمة المتلف، ولهذا لا تعتبر صفاته وهكذا قول أصحابنا فى تقويم البـقرة والشاء والحلل يجب أن يكون مـبلغ الواجب من كل صنف منها اثنى عـشر ألفًا، فتكون قـيمة كل بقرة أو حلة سـتين درهمًا وقيمـة كل شاة ستة دراهم لتـتساوى الأبدال كلها، وكل حلة بردتان فيكون أربعمائة برد.

فصل: ولا يقبل فى الإبل معيب ولا أعجف، ولا يعتبر فيها أن تكون من جنس إبله ولا إبل بلده، وقال القاضى وأصحاب الشافـعى: الواجب عليه من جنس إبله سواء كان القاتل أو العاقلة، لأن وجوبها على سبيل المواساة فيجب كونها من جنس ما لهم كالزكاة، فإذا كان عند بعض العاقلة عراب وعند بعضهم بخاتى أخذ من كل واحدة من جنس ما عنده، وإن كان عند واحد صنفان ففيه وجهان: **أحدهما**: يؤخذ من كل صنف بقسطه، **والثانى**: يؤخذ من الأكثر فإن استويا دفع من أيهما شاء، فإن دفع من غيـر إبله خيرًا من إبله أو مثلها جاز كما لو أخرج فى الزكاة خيـرًا من الواجب وإن كان أدون لم يقبل إلا أن يرضى المسـتحق، وإن لم يكن له إبل فمن غالب إبل البلد، فإن لم يكن فى البلد إبل وجب من غالب إبل أقرب البلاد إليه فإن كانت إبله عـجافًا أو مراضًـا كلف تحصيل صـحاح من جنس ما عنده، لأنه بدل مـتلف فلا تؤخذ فيه معيبة كقيمة الثوب المتلف ونحو هذا قال أصحابنا فى البقر والغنم.

---

(١٠) أخرجـه الدارقطنى فى «السنن الكبرى» (٣/ ١٣٠، ١٤٦) والبيـهقى فى «المعـرفة» (٦/ ٢٣٣) وفى «السنن الكبـرى» (٨/ ١٠٠) وعـبـد الرزاق فى «المـصنف» (١٠/ ١٨٤٧٩) وذكره ابن حـجـر فى «التلخيص» (٣/ ٢٩، ٣٠) والـزيلعى فى «نصب الراية» (٤/ ٣٦٥) وقال: ثم روى عن طريق عـبد الله بن أحمد بن حنبل ثنا محمد بن جعفر ثنا شعبة عن إياس بن معاوية قال: قال سعيد بن المسيب: أنى لا أذكر يوم نعى عمر بن الخطاب النعمان بن مقـرن المزنى على المنبر، وكأنه يشير بهذا إلى أن سعيدًا عن عمر غير منقطع. اهـ.

ولنا: قول النبى ﷺ: «فى النفس المؤمنة مائة من الإبل»(١١) أطلق الإبل فمن قيدها احتاج إلى دليل، ولأنها بدل المتلف فلم يختص بجنس ماله كبدل سائر المتلفات، ولأنها حق ليس سببه المال فلم يعـتبر كونه من جنس ماله كالمسلم فيـه والقرض، ولأن المقصود بالدية جبر المفوت، والجبر لا يختص بجنس مال من وجب عليه، وفارق الزكاة، فإنها وجبت على سبيل المواساة ليـشارك الفقراء الأغنياء فيما أنعم الله تعالى به عليـهم فاقتضى كونه من جنس أموالهم، وهذا بدل متلف، فـلا وجه لتخصيصـه بماله، وقولهم: إنها مواساة غـير صحيح، وإنما وجبت جبراً للفائت كبدل المال المتلف، وإنما العاقلة تواسى القاتل فيما وجب بجنايته، ولهذا لا يجب من جنس أموالهم إذا لم يكونوا ذوى إبل، والواجب بجنايته إبل مطلقة فتواسيه فى تحملهـا، ولأنها لو وجبت من جنس مالهم لوجـبت المريضة من المراض والصـغيرة من الصغار كالزكاة.

١٤٦١- **مـسألة:** قـال: **(وإن كان القتل عمداً فهى فى مـال القاتل حالة أرباعًا: خمس وعـشرون بنات مـخـاص، وخمس وعـشرون بنـات لبون، وخـمس وعـشرون حـقة وخـمس وعشرون جذعة)**.

أجمع أهل العلم على أن دية العمد تجب فى مال القاتل لا تحـملها العاقلة، وهذه قضية الأصل، وهو أن بدل المتلف يجب على المتلف وأرش الجناية على الجانى قال النبى ﷺ: «لا يجنى جان إلا على نفسه»(١٢) وقال لبعض أصحابه حين رأى معه ولده «ابنك هذا؟» قال نعم قال: «أما إنـه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه»(١٣) ولأن موجب الجناية أثر فـعل الجانى فيجب أن يختص بضررها كما يختص بنفعها، فإنه لو كسب كان كسبه له دون غيره، وقد ثبت

2- **مـسألة:** **(فإن كان القتل عمداً محضًا فهى فى مال الجانى حالة)**.

أجمع أهل العلم على أن دية العمد تجب فى مال القاتل لا تحملها العاقلة، وهذا يقتضيه الأصل، وهو إن بدل المتلف يجب على المتلف وأرش الجناية على الجانى قال النبى ﷺ: «لا يجنى جان إلا على نفـسه» وقال لبعض أصـحابه حين رأى معـه ولده: «ابنك هذا؟ ـ قال نعم ـ أما إنه لا ّيجنى عليك ولا تجنى عليه» ولأن موجب الجناية أثر فعل الجانى، فيجب أن يختص بضررها كما يختص بنفعها، فـإنه لو كسب كان كسبه لغيره، وقد ثبت حكم ذلك فى

---

(١١) تقدم برقم (١).

(١٢) أخـرجه التـرمـذى فى «العـتق» (٤/ ح٢١٥٩) وابن مـاجه فى «السنـن» (٢/ ح٢٦٦٩) وأحمـد فى «مسنده» (٣/ ٤٩٩) وانظر الإرواء (٧/ ٣٣٤) وهو حديث حسن صحيح.

(١٣) أخـرجه أبو داود فى «الـديات» (٤/ ٤٤٩٥/ ١٦٨) والنسائـى فى «سننه» (٨/ ٤٨٤٧) والدارمى فى «الديات» (٢/ ٢٣٨٨) والبيـهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٢٧) وأحمـد فى «مسنده» (٢٢٦ – ٢٢٨) (٤/ ١٦٣).

حكم ذلك فى سائر الجنايات والإكساب، وإنما خولف هذا الأصل فى قتل المعذور فيه لكثرة الواجب وعجز الجانى فى الغالب عن تحمله مع وجوب الكفارة عليه وقيام عذره تخفيفًا عنه ورفقًا به والعامد لا عذر له، فلا يستحق التخفيف، ولا يوجب فيه المعنى المقتضى للمواساة فى الخطأ إذا ثبت هذا فإنها تجب حالة، وبهذا قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة: تجب فى ثلاثة سنين، لأنها دية آدمى فكانت مؤجلة كدية شبه العمد.

ولنا: أن ما وجب بالعمد المحض كان حالاً كالقصاص وأرش أطراف العبد ولا يشبه شبه العمد، لأن القاتل معذور لكونه لم يقصد القتل، وإنما أفضى إليه من غير اختيار منه فأشبه الخطأ، ولهذا تحمله العاقلة، ولأن القصد التخفيف على العاقلة الذين لم تصدر منهم جناية وحملوا أداء مال مواساة فالأرفق بحالهم التخفيف عنهم وهذا موجود فى الخطأ وشبه العمد على السواء، وأما العمد فإنما يحمله الجانى فى غير حال العذر فوجب أن يكون ملحقًا ببدل سائر المتلفات، ويتصور الخلاف معه فيما إذا قتل ابنه أو قتل أجنبيًّا وتعذر استيفاء القصاص لعفو بعضهم أو غير ذلك، واختلفت الرواية فى مقدارها، فروى جماعة عن أحمد أنها أرباع كما ذكر الخرقى، وهو قول الزهرى وربيعة ومالك وسليمان بن يسار وأبى حنيفة، وروى ذلك عن ابن مسعود ﷺ، وروى جماعة عن أحمد أنها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة فى بطونها أولادها، وبهذا قال عطاء ومحمد بن الحسن والشافعى وروى ذلك عن عمر وزيد وأبى موسى والمغيرة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «من قتل متعمدًا دفع إلى أولياء المقتول، فإن شاءوا قتلوه وإن شاءوا أخذوا الدية، وهى ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وما صولحوا عليه فهو لهم» وذلك لتشديد القتل

سائر الجنايات والإكساب، وإنما خولف هذا الأصل فى قتل الحر المعذور فيه لكثرة الواجب وعجز الجانى فى الغالب عن تحمله مع وجوب الكفارة عليه وقيام عذره تخفيفًا عنه ورفقًا به، والعامد لا عذر له فلا يستحق التخفيف، ولا يوجد فيه المعنى المقتضى للمواساة فى الخطأ، إذا ثبت هذا فإنها تجب حالة، وبهذا قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة: تجب فى ثلاث سنين، لأنها دية آدمى فكانت مؤجلة كدية شبه العمد.

ولنا: أن ما وجب بالعمد المحض كان حالاً كالقصاص وأرش أطراف العبد ولا يشبه شبه العمد، لأن القاتل معذور لكونه لم يقصد القتل، وإنما أفضى إليه من غير اختيار منه فأشبه الخطأ، ولهذا تحمله العاقلة، ولأن القصد التخفيف عن العاقلة الذين لم يصدر منهم جناية وحملوا أداء مال مواساة فالأرفق بحالهم التخفيف عنهم، وهذا موجود فى الخطأ وشبه العمد على السواء، وأما العمد فإنما يحمله الجانى فى غير حال العذر فوجب أن يكون ملحقًا ببدل سائر المتلفات ويتصور الخلاف معه فيما إذا قتل ابنه أو قتل أجنبيًّا وتعذر استيفاء القصاص لعفو بعضهم أو غير ذلك .

رواه التـرمـذى[١٤] وقال: هو حديث حـسن غريب، وعن عبد الله بن عـمرو أن رسول الله ﷺ قال: «ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون خلفة فى بطونـهـا أولادها»[١٥] رواه الإمام أحمـد وأبو داود وغيرهم، وعن عمـرو بن شعيب «أن رجلاً يقال له قـتادة حذف ابنه بالسيف فقتله فـأخذ عمر منه الدية ثلاثين حقـة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة» رواه مالك فى موطئه[١٦]، ووجه الأول ما روى الزهرى عن السائب بن يزيد قال: كانت الدية على عهد رسـول الله ﷺ أرباعًا خمسًا وعشرين جذعة وخـمسًا وعشرين حقة وخمسًا وعشرين بنت لبـون وخمسًا وعشرين بنت مخاض[١٧]، ولأنه قول ابن مسعود، ولأنه حق يتعلق بجنس الحيوان فلا يعتبر فيه الحمل كالزكاة والأضحية.

فـصل: والخلفة الحامل وقول النبى ﷺ: «فى بطونها أولادها» تأكيد وقلما تحمل إلا ثنية وهى التى لها خـمس سنين ودخلت فى السادسة، وأى ناقة حملت فـهى خلفة تجزئ فى الدية، وقد قـيل: لا تجزئ إلا ثنية، لأن فى بعض ألفـاظ الحديث أربعون خلفة مـا بين ثنية عامها إلى بازل، ولأن سائر أنواع الإبل مـقدرة السن، فكذلك الخلفة والذى ذكره القاضى هو الأولى، لأن النبى ﷺ أطلق الخلفة، والخلفة هى الحامل فيقتضى أن تجزئ كل حامل ولو أحضرها خلفة فأسقطت قـبل قبضها فعليه بدلها، فإن أسقطت بعـد قبضها أجزأت، لأنه برئ منها بدفعها.

فـــصل: فإن اختـلفا فى حملها رجع إلى أهل الخـبرة كما يرجع فى حـمل المرأة إلى القوابل، وإن تسلمها الولى ثم قال: لم تكن حوامل، وقد ضمرت أجوافها، وقال الجانى: بل قد ولـدت عندك نظرت، فإن قـبضـها بقـول أهل الخبـرة فالقـول قول الجـانى، لأن الظاهر إصابتهم، وإن قبضها بغير قولهم فالقول قول الولى، لأن الأصل عدم الحمل.

---

(١٤) تقدم تخريجه فى المسألة رقم (١٤٥٧) برقم (٤٧). (١٥) تقدم برقم (٥) فى المسألة نفسها.

(١٦) أخرجـه الإمام مالك فى «المـوطأ» (٢/ ٨٦٧) وعنه أخرجه البـيهقى فـى «السنن الكبرى» (٨/ ٣٨) وقال: هذا الحديث منقطع فأكد الشافعى بأن عددًا من أهل العلم يقول به وقد روى موصولاً ثم ساقه من طريق محمد بن عجلان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله عن عمرو بن العاص به نحوه، وإسناده جيد، وأخرجه أحمد فى «مسنده» (١/ ٤٩) من طريقين أخرين: **الأول:** عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب قال: قال عمر فذكر نحو رواية مالك مختصراً جدًا.

قلت: وهذا إسناد منقطع عمرو بن شعيب لم يدرك عمر.

والثـانى: من طريق ابن إسحاق حدثنى عبد الله بن أبى نجيح وعـمرو بن شعيب كلاهما عن مجاهد ابن جبر، فذكر الحديث، وقال: أخذ عمر رضي الله عنه من الإبل ثلاثين حقة. . . الحديث.

قلت: رغم أن الحديث إسناده رجاله ثقات إلا أنه منقطع، مجاهد لم يدرك عمر، لكن موضع الشاهد ثابت فى الطريق الموصولة التى سبق الإشارة إليها وإسناده كما قلت جيد.

(١٧) إسناده ضعيف كما أشار إليه السيوطى فى جمع الجوامع.

١٤٦٢- **مسألة:** قال: (وإن كان القتل شبه عمد فكما وصفت في أسنانها إلا أنها على العاقلة في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها).

وجملته: أن القول في أسنان دية شبه العمد كالقول في دية العمد سواء في اختلاف الروايتين فيها واختلاف العلماء فيها، وقد سبق الكلام في ذلك إلا أنها تخالف العمد في أمرين:

أحدهما: أنها على العاقلة في ظاهر المذهب وبه قال الشعبي والنخعي والحكم والشافعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر، وقال ابن سيرين والزهري والحارث العكلي وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور: هي على القاتل في ماله، واختاره أبو بكر عبد العزيز، لأنها موجب فعل قصده فلم تحمله العاقلة كالعمد المحض، ولأنها دية مغلظة فأشبهت دية العمد، وهكذا يجب أن يكون مذهب مالك، لأن شبه العمد عنده من باب العمد.

ولنا: ما روى أبو هريرة قال: اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها، متفق عليه[(١٨)]، ولأنه نوع قتل لا يوجب قصاصًا فوجبت ديته على العاقلة كالخطأ، ويخالف العمد المحض، لأنه يغلظ من كل وجه لقصده الفعل وإرادته القتل، وعمد الخطأ يغلظ من وجه وهو قصده الفعل ويخفف من وجه وهو كونه لم يرد القتل فاقتضى تغليظها من وجه وهو الأسنان وتخفيفها من

3- **مسألة:** (وإن كان شبه عمد أو خطأ أو ما جرى مجراه فعلى عاقلته).

دية شبه العمد على العاقلة في ظاهر المذهب ،وبه قال الشعبي والنخعي والحكم والشافعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر ،وقال ابن سيرين والزهري وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور :هي على القاتل في ماله ،واختاره أبو بكر عبد العزيز ؛لأنها موجب فعل قصده فلم تحمله العاقلة كالعمد المحض، ولأنها دية مغلظة فأشبهت دية العمد، وهكذا يجب أن يكون مذهب مالك، لأن شبه العمد عنده من باب العمد.

ولنا: ما روى أبو هريرة قال: اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه، ولأنه نوع قتل لا يوجب قصاصًا فوجبت ديته على العاقلة كالخطأ، ويخالف العمد، لأنه يغلظ من كل وجه لقصده الفعل وإرادته القتل، وعمد الخطأ يغلظ من وجه، وهو قصده الفعل، ويخفف من وجه، وهو كونه لم يرد القتل فاقتضى تغليظها من وجه وهو الأسنان، وتخفيفها من وجه وهو حمل العاقلة لها وتأجيلها، ولا نعلم في أنها تجب مؤجلة خلافًا بين أهل العلم، وروى ذلك عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم، وبه قال الشعبي والنخعي وقتادة وأبو هاشم وعبد الله ابن عمر ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر، وقد حكى عن قوم من الخوارج

---

(١٨) تقدم تخريجه في المسألة رقم (١٤١٨) برقم (٣١).

وجه، وهو حمل العاقلة لها وتأجيلهـا، ولا أعلم فى أنها تجب مؤجلة خلافًا بين أهل العلم، وروى ذلك عن عمـر وعلى وابن عبـاس ﷺ، وبه قال الشعـبى والنخعى وقـتادة وأبو هاشم وعبد الله بـن عمر ومالك والشـافعى وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر، وقـد حكى عن قوم من الخوارج أنهم قالوا: الدية حالة، لأنها بدل متلف، ولم ينقل إلينا ذلك عمن يعد خلافه خلافًا وتخالف الدية سائر المتلفـات، لأنها تجب على غير الجانى على سبيل المـواساة له فاقتضت الحكمة تخفـيفها عليهم، وقد روى عن عـمر وعلى أنهما قضـيا بالدية على العاقلة فى ثلاث سنين [(١٩)] ولا مخالف لهما فى عصرهما فكان إجماعًا.

فـصل: ويجب فى آخر كل حول ثلثها ويعتبر ابتداء السنة من حين وجوب الدية، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: ابتداؤها من حين حـكم الحاكم، لأنها مدة مختلف فيها فكان ابتداؤها من حين حكم الحاكم كمدة العنة.

ولنا: أنه مال مؤجل فكان ابتداء أجله من حـين وجوبه كالدين المؤجل والسلم ولا نسلم الخلاف فيها، فإن الخوارج لا يعتـد بخلافهم، إذا ثبت هذا فإن كان الواجب دية نفس فابتداء حولها من حين الموت سواء كان قتـلاً موجبًا أو عن سراية جرح، وإن كان الواجب دية جرح نظرت، فإن كان عن جرح اندمل من غير سراية مثـل أن قطع يده فبرأت بعد مدة فابتداء المدة من حـين القطع، لأن تلك حالـة الوجوب، ولهـذا لو قطع يده وهو ذمى فـأسلم ثم اندملت

أنهم قـالوا: الدية حالة، لأنهـا بدل متلف، ولـم ينقل إلينا ذلك عمن يعـد خلافـه خلافًـا، وتخالف الدية سائر المتلفات، لأنها تجب على غير الجـانى على سبيل المواساة له، فاقتضت الحكمة تخـفيفها عليـهم، وقد روى عن عمر وعلى ﷺ أنهـما قضيـا بالدية على العاقلة فى ثلاث سنين ولا مخالف لهما فى عصرهما فكـان إجماعًا، وأما دية الخطأ فلا نعلم خلافًا فى أنها العـاقلة، قال ابن المنذر: أجـمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم، وقـد ثبتت الأخبار عن رسول الله ﷺ أنه قضى بدية الخطأ على العاقلة، وأجمع أهل العلم على القول به، ولأن النبى ﷺ جعل دية عمد الخطأ على العاقلة بما قـد روينا من الحديث، وفيه تنبيه على أن العاقلة تحمل دية الخطأ والحكمة فى ذلك أن جنايات الخطأ تكثر ودية الآدمى كثيرة، فإيجابـها على الجانى فى ماله يجـحف به فاقتضت الحكمـة إيجابها على العاقلة علـى سبيل المواساة للقاتل وللإعانة له تخفيفًا عنه إذا كان معذورًا فى فعله.

---

(١٩) أخرجـه البيهقى «السنـن الكبرى» (٨/ ١٠٩) وابن أبى شيبـة فى «الديات» باب «الدية فى كم تؤدى» (٦/ ١/ ٣٥٩) من طريق الأشعث بن سوار عن عامر الشـعبى... عن عمر... به وإسناده ضعيف فالأشعث بن سوار قال الحافظ فى التقريب: ضعـيف، والعلة الثانية، فهو منقطع بين الشعبى وعمر، وأما أثر على ﷺ فـهو من طريق يزيد بن أبى حـبيب أن على بن أبى طالب ﷺ قـضى بالعقل فى قتل الخطأ ثلاث سعيد أخرجه البيهقى كما تقدم وهو منقطع بين يزيد وعلى...

وجب نصف دية يهودى، وأما إن كان الجرح ساريًا مثل أن قطع أصبعه فسرى ذلك إلى كفه ثم اندمل فابتداء المدة من حين الاندمال، لأنها إذا سرت فما استقر الأرش إلا عند الاندمال هكذا ذكر القاضى وأصحاب الشافعى وقال أبو الخطاب: تعتبر المدة من حين الاندمال فيهما، لأن الأرش لا يستقر إلا بالاندمال فيهما.

فصل: وإذا كان الواجب دية فإنها تقسم فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلثها سواء كانت دية النفس أو دية الطرف كدية جدع الأنف أو الأذنين أو قطع الذكر أو الأنثيين، وإن كان دون الدية نظرنا، فإن كان ثلث الدية كدية المأمومة أو الجائفة وجب فى آخر السنة الأولى، ولم يجب منه شىء حالاً، وإن كان نصف الدية أو ثلثها كدية اليد أو دية المنخرين وجب الثلث فى آخر السنة الأولى والباقى فى آخر السنة الثانية، وإن كان أكثر من الثلثين كدية ثمان أصابع وجب الثلثان فى السنتين والباقى فى آخر الثالثة، وإن كان أكثر من دية مثل أن ذهب سمع إنسان وبصره ففى كل سنة ثلث، لأن الواجب لو كان دون الدية لم ينقص فى السنة عن الثلث فكذلك لا يزيد عليه إذا زاد على الثلث، وإن كان الواجب بالجناية على اثنين وجب لكل واحد ثلث فى كل سنة، لأن كل واحد له دية فيستحق ثلثها كما لو انفرد حقه وإن كان الواجب دون ثلث الدية كدية الأصابع لم تحمله العاقلة، لأنها لا تحمل ما دون الثلث ويجب حالاً لأنه بدل متلف لا تحمله فكان حالاً كالجناية على المال.

فصل: وفى الدية الناقصة كدية المرأة والكتابى وجهان: **أحدهما:** تقسم فى ثلاث سنين، لأنها بدل النفس فأشبهت الدية الكاملة، **والثانى:** يجب منها فى العام الأول قدر ثلث الدية الكاملة وباقيها فى العام الثانى، لأن هذه تنقص عن الدية فلم تقسم فى ثلاث سنين كأرش الطرف وهذا مذهب أبى حنيفة وللشافعى كالوجهين، وإن كانت الدية لا تبلغ ثلث الدية الكاملة كدية المجوسى وهى ثمانمائة درهم، ودية الجنين وهى خمس من الإبل لم تحمله العاقلة، لأنها لا تحمل ما دون الثلث فأشبه دية السن والموضحة إلا أن يقتل الجنين مع أمه فتحمله العاقلة، لأنها جناية واحدة وتكون دية الأم على الوجهين، فأن قلنا: هى فى عامين كانت دية الجنين واجبة مع ثلث دية الأم فى العام الأول، لأنها دية أخرى ويحتمل أن تجب مع باقى دية الأم فى العام الثانى، وإن قلنا دية الأم فى ثلاث سنين فهل تجب دية الجنين فى ثلاثة أعوام أو لا؟ على وجهين فإذا قلنا بوجوبها فى ثلاث سنين وجبت فى السنين التى وجبت فيها دية الأم، لأنهما ديتان لمستحقين فيجب فى كل سنة ثلث ديتها وثلث ديته ويحتمل أن تجب فى ثلاث سنين أخرى، لأن تلفها موجب جناية واحدة.

١٤٦٣- مسألة: قال: **(وإن كان القتل خطأ كان على العاقلة مائة من الإبل تؤخذ فى ثلاث سنين أخماسًا عشرون بنات مخاض، وعشرون بنو مخاض، وعشرون بنات لبون، وعشرون حقة، وعشرون جذعة).**

لا يختلف المذهـب فى أن دية الخطأ أخماسًا كمـا ذكر الخرقى، وهذا قول ابن مـسعود والنخعى وأصـحاب الرأى وابن المنذر وقال عمر بـن عبد العزيز وسليمـان بن يسار والزهرى والليث وربيعـة ومالك والشافعى: هى أخـماس إلا أنهم جعلوا مكان بنى مخـاض بنى لبون، وهكذا رواه سعيد فى سننه عن النخـعى عن ابن مسعود(٢٠)، وقـال الخطابى: روى أن النبى ﷺ ودى الذى قتل بخيبر بمائة من إبل الصدقة(٢١)، وليس فى أسنان الصدقة ابن مخاض، وروى عن على والحسن والشعبى والحارث العكلى وإسحاق أنها أرباع كدية العمد سواء وعن زيد أنها ثلاثـون حقة وثلاثون بنت لبـون وعشـرون ابن لبون وعشـرون بنت مخـاض، وقال طاوس: ثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون وثلاثون بنت مخاض وعشرون(٢٢) بنى لبون ذكور لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جـده أن رسول الله ﷺ قضى أن من قتل خطأ فديته من الإبل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشر بنى لبون ذكور رواه أبو داود وابن مـــاجـه(٢٣)، وقال أبو ثور: الديات كلـها أخماس كـدية الخطأ، لأنها بدل مـتلف فلا تختلف بـالعمد والخطأ كـسائر المـتلفات وحكى عنه أن دية العـمد مغلظة ودية شـبه العـمد والخطأ أخماس، لأن شبه العمد تحمله العاقلة فكان أخماسًا كدية الخطأ.

ولنا: ما روى عـبد الله بن مسعـود قال: قال رسول الله ﷺ: «فى دية الخطأ عـشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنى مخاض» رواه أبو داود والنسائى وابن مـاجه(٢٤)، ولأن ابن لبون يجـب على طريق البدل عن ابنة مـخاض فى الزكاة إذا لم يجدها فلا يجمع بين البدل والمبدل فى واجب، ولأن موجبهما واحد فيصير كأنه أوجب أربعين ابنة مخـاض، ولأن ما قلناه الأقل فالزيادة عليه لا تثبـت إلا بتوقيف يجب على من ادعاه الدليل فأما دية قتيل خيبر فلا حجة لهم فيه، لأنهم لم يدعوا على أهل خيبر قتله إلا عمـدًا فتكون ديته دية الـعمد وهى من أسنان الصـدقة والخلاف فى دية الـخطأ وقول أبى ثور يخالف الآثار المروية التى ذكرناها فلا يعول عليه.

---

(٢٠) ذكره الزيلعى فى «نصب الراية» (٣/ ٣٥٨) وصححه.

(٢١) أخرجه البـخارى فى كتاب «الأحكام» (١٣/ ح٧١٩٢/ فتح) ومسلم فى «القـسامة» (٣/ ٢/ ١٢٩٢) وأبو داود فى «سننه» (٤/ ٤٥٢٠/ ٤٥٢١) والنسائى فى «سننه» (٨/ ٤٧٢٤، ٤٧٢٥) وابن ماجه فى «سننه» (٢/ ٢٦٧٧) والدارمى فى «سننه» (٢/ ٢٣٥٣) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ١٤٢).

(٢٢) فى بعض النسخ: عشر.

(٢٣) أخـرجه أبو داود فى «الـديات» (٤/ ٤٥٤١) من حديث عـمـرو بن شـعيب وابن مـاجـه فى «سننه» (٢/ ٢٦٣٠) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٢٢٤) وإسناده صحيح.

(٢٤) أخـرجـه أبو داود فى «الـديات» (٤/ ح٤٥٤٥) والتـرمـذى فى «سننه» (٤/ ١٣٨٦) والـنسـائى فى «القسـامة» (٨/ ح٤٨١٦) وابن مـاجه فى «الديات» (٢/ ح٢٦٣١) من طريق الحـجاج بن أرطاة عن زيد بن جبير عن خشف بن مالك عن ابن مسعود. . . به، وإسناده ضعيف الحجاج مدلس وقد عنعن وخشف بن مالك مجهول قاله الزيلعى فى نصب الراية (٣/ ٣٥٨).

فصل: ولا نعلم بين أهل العلم خلافًا فى أن دية الخطأ على العاقلة قال ابن المنذر(*) أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم وقد ثبت الأخبار عن رسول الله ﷺ أنه قضى بدية الخطأ على العاقلة(٢٥) وأجمع أهل العلم على القول به وقد جعل النبى ﷺ دية عمد الخطأ على العاقلة بما قد رويناه من الأحاديث وفيه تنبيه على أن العاقلة تحمل دية الخطأ، والمعنى فى ذلك أن جنايات الخطأ تكثر ودية الآدمى كثيرة فإيجابها على الجانى فى ماله يجحف به فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والإعانة له تخفيفًا عنه، إذا كان معذورًا فى فعله وينفرد هو بالكفارة.

فصل: ولا خلاف بينهم فى أنها مؤجلة فى ثلاث سنين فإن عمر وعليًا ﷺ جعلا دية الخطأ على العاقلة فى ثلاث سنين(٢٦) ولا نعرف لهما فى الصحابة مخالفًا فأتبعهم على ذلك أهل العلم، ولأنه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالاً كالزكاة وكل دية تحملها العاقلة تجب مؤجلة لما ذكرنا وما لا تحمله العاقلة يجب حالاً، لأنه بدل متلف فلزم المتلف حالاً كقيم المتلفات، وفارق الذى تحمله العاقلة فإنه يجب مواساة فألزم التأجيل تخفيفًا على متحمله وعدل به عن الأصل فى التأجيل كما عدل به عن الأصل فى إلزامه غير الجانى.

فصل: ولا يلزم القاتل شىء من الدية وبهذا قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة هو كواحد من العاقلة، لأنها وجبت عليهم إعانة له فلا يزيدون عليه فيها.

ولنا: ما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قضى بدية المرأة على عاقلتها(٢٧)، متفق عليه وهذا يقتضى أنه قضى بجميعها عليهم، ولأنه قاتل لم تلزمه الدية فلم يلزمه بعضها كما لو أمره الإمام بقتل رجل فقتله يعتقد أنه بحق فبان مظلومًا، ولأن الكفارة تلزم القاتل فى ماله وذلك يعدل قسطه من الدية وأكثر منه فلا حاجة إلى إيجاب شىء من الدية عليه.

فصل: والكفارة فى مال القاتل لا يدخلها تحمل، وقال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين: تكون فى بيت المال، لأنها تكثر فإيجابها فى ماله يجحف به.

ولنا: أنها كفارة فلا تجب على غير من وجد منه سببها كسائر الكفارات وكما لو كانت صومًا، ولأن الكفارة شرعت للتكفير عن الجانى ولا يكفر عنه بفعل غيره، ويفارق الدية فإنها إنما شرعت لجبر المحل وذلك يحصل بها كيفما كان، ولأن النبى ﷺ لما قضى بالدية

فصل: فأما الكفارة ففى مال القاتل لا يدخلها تحمل، وقال أصحاب الشافعى: تكون فى بيت المال فى أحد الوجهين، لأنها تكثر فإيجابها عليه يجحف به.

ولنا: أنها كفارة فاختصت بمن وجد منه سببها كسائر الكفارات وكما لو كانت صومًا، لأن الكفارة شرعت للتكفير عن الجانى، ولا يكفر عنه بفعل غيره، وتفارق الدية فإنها إنما

(*) انظر الإجماع لابن المنذر (ص٩٤١/ ١٠٧).

(٢٥) تقدم برقم (٩) فى المسألة رقم (١٤١٦).

(٢٦) تقدم فى المسألة رقم (١٤١٦) برقم (١٩).

(٢٧) تقدم برقم (١٨).

على العـاقلة لم يكفـر عن القـاتل[٢٨] ومـا ذكروه لا أصل له، ولا يصح قـياسـه على الدية لوجوه:

أحـــدها: أن الدية لم تجب فى بيت المال، لأنها إنمـا وجبت على العاقلة ولا يجوز أن يثبت حكم الفرع مخالفًا لحكم الأصل.

الثانى: أن الدية كثيرة فإيجابها على القاتل يجحف به والكفارة بخلافها.

الثـــالث: أن الدية وجبت مواساة للقاتل وجعل حظ الـقاتل من الواجب الكفارة فإيجابها على غيره يقطع المواساة ويوجب على غير الجانى أكثر مما وجب عليه وهذا لا يجوز.

فـصل: وذكر أصحابنا أن الدية تغلظ بثلاثة أشيـاء إذا قتل فى الحرم والشهور الحرم وإذا قتل محرمًا وقد نص أحمد رحمه الله علـى التغليظ على من قتل محرمًا فى الحرم وفى الشهر الحرام، فـأما إن قتل ذا رحم مـحرم فقال أبـو بكر: تغلظ ديته، وقال القـاضى: ظاهر كلام أحمد أنها لا تغلظ، وقال أصحاب الشافعى: تغلظ بالحرم والأشهر الحرم وذى الرحم المحرم وفى التغليظ بالإحرام وجهـان، وممن روى عنه التغليظ عثمان وابن عبـاس والسعيدان وعطاء وطاوس والشعبى ومجاهد وسليمان بن يسار وجابر بن زيد وقتادة والأوزاعى ومالك والشافعى وإسحاق، واختلف القائلون بالتغليظ فى صفته، فقال أصحابنا: تغلظ لكل واحد من الحرمات ثلث الدية فإذا اجتمعت الحرمات الثلاث وجـبت ديتان، قال أحمد فى رواية ابن منصور فيمن

شرعت لجبر المحل، وذلك يحصل بها كـيفما كان، ولأن النبى ﷺ لما قضى بالدية على العاقلة لم يكفر عن القاتلة، وما ذكروه لا أصل له، ولا يصح قياسه على الدية لوجوه.

أحـــدها: أن الدية لم تجب فى بيت المال إنـما وجبت على العاقلة ولا يجـوز أن يثبت حكم الفرع مخالفًا لحكم الأصل.

الثانى: أن الدية كثيرة، فإيجابها على القاتل يجحف به، والكفارة بخلافها.

الثالث: أن الدية وجبت مواساة للقاتل، وجعل حظ القاتل من الواجب الكفارة، فإيجابها على غيره قطع للمواساة ويوجب على الجانى أكثر مما وجب عليه، وهذا لا يجوز.

فـصل: ولا يلزم القاتل شيء من دية الخطأ، وبهذا قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة: هو كواحد من العاقلة، لأنها وجبت عليهم إعانة له فلا يزيدون عليه فيها.

ولنا: ما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قضى بدية المرأة على عاقلـتها متفق عليه، وهذا يقتضى أنه قضـى عليهم جميعها، ولأنه قـاتل لم تلزمه الدية، فلم يلزمه بعضهـا كما لو أمره الإمام بقتل رجل فقتله يعتقـد أنه لحق فبان مظلومًا، ولأن الكفارة تلزم القاتل فى ماله، وذلك يعدل قسطه من الدية وأكثر منه فلا حاجة إلى إيجاب شيء من الدية عليه.

---

(٢٨) انظر الحديث السابق.

قتل محرمًا في الحرم وفي الشهر الحرام: فعليه أربعة وعشرون ألفًا وهذا قول التابعين القائلين بالتغليظ.

وقال أصحـاب الشافعي: صـفة التغليظ إيجاب دية العـمد في الخطأ لا غير ولا يـتصور التغليظ في غيـر الخطأ ولا يجمع بين تغليظين، وهذا قول مالك إلا أنه يغلظ في العـمد فإذا قتل ذا رحم مـحرم عـمدًا فعليـه ثلاثون حقـة وثلاثون جذعـة وأربعون خلفة، وتغلـيظها في الذهب والورق أن ينظر قيمة أسنان الإبل غير مغلظة وقيـمتها مغلظة ثم يحكم بزيادة ما بينهما كأن قيمـتها مخففة ستـمائة وفي العمد ثمانمائة، وذلك ثلث الدية المخـففة وعند مالك تغلظ على الأب والأم والجد دون غيرهـم، واحتجا على صفة التغليـظ بما روى عن عمر ﷺ أنه أخذ من قتادة المـدلجي دية ابنه حين حذفه بالسيف ثلاثين حقة وثلاثين جـذعة وأربعين خلفة ولم يزد عليه فـي العدد شيـئًا (٢٩) وهذه قصة اشـتهرت فلم تنكر فكانت إجمـاعًا، ولأن ما أوجب التغليظ أوجبه في الأسنان دون القدر كالضمان ولا يجمع بين تغليظين، لأن ما أوجب التغليظ بالضمان إذا اجـتمع سببان تداخلا كالحرم والإحـرام في قتل الصيد وعلى أنه لا يغلظ بالإحرام أن الشرع لم يرد بتغليظه، واحتج أصحابنا بما روى ابن أبي نجيح أن امرأة وطئت في الطواف فقضى عثمان ﷺ فيها بستة آلاف وألفين تغليظًا للحرم (٣٠)، وعن ابن عمر أنه قال:

4- **مـسـألة:** (وإن ألقى إنسانًا على أفـعى أو ألقاها عليه فـقتلته أو طلب إنسـانًا بسيف مجرد فهرب فوقع في شيء تلف به بصيرًا أو ضريرًا، أو حفر بئرًا في فنائه، أو وضع حجرًا، أو صب ماء في طريقـه، أو بالت فيهـا دابته ويده عليهـا، أو رمى فيهـا قشر بطيخ فـتلف به إنسان وجبت عليه ديته).

يجب الضمان بالسـبب كما يجب بالمبـاشرة، فإذا ألقى إنسانًا على أفـعى أو ألقاها عليه فقتلته فعليه ضمانه، لأنه تلف بعدوانه فأشبه ما لو جنى عليه.

5- **مسألة:** (فإن طلب إنسانًا بالسيف مشهورًا فهرب منه فتلف في هربه ضمنه).

سواء سقط من شاهق أو انخسف به سقف أو خر في بئر أو لقيه سبع فافترسه أو غرق في ماء أو احترق بنار وسواء كان المطلوب صغيرًا أو كبيرًا أعمى أو بصيرًا عاقلاً أو مجنونًا، وقال الشافـعي: لا يضمن البـالغ العاقل البصـير إلا أن ينخسف بـه سقف، فإن فـيه وفي الصغـير والمجنون والأعمى قولين، لأنه هلك بفعل نفسه فلم يضمنه الطالب كما لو لم يطلبه.

ولنا: أنه هلك بسبب عدوانه فضمنه كمـا لو حفر له بئرًا أو نصب له سكينًا أو سم طعامه

---

(٢٩)تقدم برقم (١٦) مسألة رقم (١٤٦١).

(٣٠)أخرجه البيهقي في «السنن الـكبرى» (٨/ ٧٠، ٧١) وعبد الرزاق في «مصنفه» (٩/ ح١٧٢٨٢) وابن أبي شيـبة في «المـصنف» من كتـاب الديات «باب الرجل يقتل في الـحرم» (٦/ ٣/ ٣٨١) وإسناده صحيح.

من قتل فى الحـرم أو ذا رحم أو فى الشهر الحرام فـعليه دية وثلث(٣١) وعن ابن عـبـاس أن رجلاً قتل رجلاً فى الشهر الحرام وفى البلد الحرام فـقال: ديته اثنا عشر ألفًا، وللشهر الحرام أربعة آلاف، وللبلد الحـرام أربعة آلاف(٣٢) وهذا مما يظهر وينتشر ولم ينكر فـيثبت إجماعًا، وهذا فيـه الجمع بين تغليظات ثلاث، ولأنه قـول التابعين القـائلين بالتغليظ، واحتـجوا على التغليظ فى العمـد أنه إذا غلظ الخطأ مع العذر فيه ففى العمـد مع عدم العذر أولى، وكل من غلظ الدية أوجب التـغليظ فى بدل الطرف بهـذه الأسبـاب، لأن مـا أوجب تغليظ دية النفس أوجب تغليظ دية الطرف كالعمد، وظاهر كلام الخرقى أن الدية لا تغلظ بشىء من ذلك، وهو قول الحسن والشعبى والنخعى وأبى حنيـفة والجوزجانى وابن المنذر، وروى ذلك عن الفقهاء السبعة وعمر بن عبـد العزيز، لأن النبى ﷺ قال: «فى النفس المؤمنة مائة من الإبل لم يزد على ذلك وعلى أهل الذهب ألف مثـقال»(٣٣) وفى حديث أبى شـريح أن النبى ﷺ قال: «وأنتم يا خزاعـة قد قتلتم هذا القـتيل من هذيل وأنا والله عـاقله، من قتل له قتـيل بعد ذلك فأهله بين خيرتين، إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية»(٣٤) وهذا القتل كان بمكة فى حرم

ووضعه، وما ذكروه يبطل بهذه الأصول، وإن طلبه بشىء يخيفه به كالكلب ونحوه فهو كما لو طلبه بسيف مشهور، لأنه فى معناه.

فـصل: ولو شهر سيفًا فى وجه إنسان أو دلاه من شاهق فمات من روعته أو ذهب عقله فعليه ديته، فإن صاح بصبى أو مجنون صـيحة شديدة فخر من سطح أو نحوه فمات أو ذهب عقله، أو تغفل عاقـلاً فصاح به فأصابه ذلك فعليـه ديته تحملها العاقلة، فإن تعـمد ذلك فهو شبه عمد وإلا فهو خطأ، ووافق الشافعى فى الصبى وله فى البالغ قولان.

ولنا: أنه تسبب إلى إتلافه فضمنه كالصبى.

---

(٣١)لم أجده عن ابن عمر وإنمـا جاء عن أبيه، وأخرجه البيـهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٧١) من طريق ليث عن مجـاهد أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى فـيمن قتل فى الحرم، أو فى الشـهر الحرام أو هو محرم بالدية وثلث الدية» قال ابن حـجر فى التلخيص (٤/ ٣٩): وإسناده منقطع وراويه ليث بن أبى سليم ضعيف.

(٣٢)أخرجه ابن أبى شيبة فى «المصنف» (٦/ ١/ ٣٨١) من كتاب «الديات» «باب الرجل يقتل فى الحرم» من طريق محمد بن إسـحاق قال: حدثنى عبد الرحمن بن أبى زيد عن نافع بن جبـير عن ابن عباس بلفظ: «زاد فى دية المـقتول فى أشـهر الحرم أربعـة آلاف، والمقتـول فى الحرم يزاد فى ديتـه أربعة آلاف» قيمـة دية الحرمى عشرين ألفًـا، وإسناده ضعيف فيه عـبد الرحمن قال الحـافظ فى التقريب: «ضعيف» ومن هذا الوجه رواه ابن حزم كما قال الحافظ فى التلخيص (٤/ ٣٩) وسكت عليه.

(٣٣)تقدم برقم (١).

(٣٤)تم تخريجه فى المسألة رقم (١٤٣٧/ ١٠).

الله تعالى، فلم يزد النبى ﷺ على الدية ولم يفرق بين الحرم وغيره، وقول الله عز وجل: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ (النساء: ٩٢) يقتضى أن الدية واحدة فى كل مكان وفى كل حال، ولأن عمر رضي الله عنه أخذ من قتادة المدلجى دية ابنه ولم يزد على مائة، وروى الجوزجانى بإسناده عن أبى الزناد أن عمر بن عبد العزيز كان يجمع الفقهاء، فكان مما أحيى من تلك السنن بقول فقهاء المدينة السبعة ونظرائهم أن ناسًا كانوا يقولون: إن الدية تغلظ فى الشهر الحرام أربعة آلاف فتكون ستة عشر ألف درهم فألغى عمر رحمه الله ذلك بقول الفقهاء وأثبتها اثنى عشر ألف درهم فى الشهر الحرام والبلد الحرام وغيرهما قال ابن المنذر: وليس ثابت ما روى عن الصحابة فى هذا ولو صح فقول عمر يخالفه، وقوله أولى من قول من خالفة، وهو أصح فى الرواية مع موافقته الكتاب والسنة والقياس.

فصل: ولا تغلظ الدية بموضع غير الحرم، وقال أصحاب الشافعى: تغلظ الدية بالقتل فى المدينة على قوله القديم، لأنها مكان يحرم صيده فأشبهت الحرم، وليس بصحيح، لأنها ليست محلاً للمناسك فأشبهت سائر البلدان، ولا يصح قياسها على الحرم، لأن النبى ﷺ قال: «أى بلد هذا؟ أليست البلدة الحرام؟ - قال - فإن دماءكم وأموالكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا»(٣٥) وهذا يدل على أنه أعظم البلاد حرمة، وقال النبى ﷺ: «إن أعتى الناس على الله رجل قتل فى الحرم ورجل قتل غير قاتله ورجل قتل

فصل: وإن قدم إنسانًا إلى هدف يرميه الناس فأصابه سهم من غير تعمد فضمانه على عاقلة الذى قدمه، لأن الرامى كالحافر والذى قدمه كالدافع فكان الضمان على عاقلته، وإن عمد الرامى رميه فالضمان عليه، لأنه باشر وذلك متسبب فأشبه الممسك والقاتل، وإن لم يقدمه أحد فالضمان على الرامى وتحمله عاقلته وإن كان خطأ لأنه قتله.

6- مسألة: (وإن حفر فى فنائه بئرًا لنفسه أو فى طريق لغير مصلحة المسلمين أو فى ملك غيره بغير إذنه أو وضع فى ذلك حجرًا أو صب فيه ماء أو رمى قشر بطيخ فهلك به إنسان ضمنه).

لأنه تلف بعدوانه وروى عن شريح أنه ضمن رجلاً حفر بئرًا فوقع فيها رجل فمات، وروى ذلك عن على رضي الله عنه وهو قول الثورى والشافعى وإسحاق.

7- مسألة: (وإن بالت فيها دابته فزلق به حيوان فمات به فقال أصحابنا: على صاحب الدابة الضمان إذا كان راكبًا أو قائدًا أو سائقًا).

لأنه تلف حصل من جهة دابته التى يده عليها فأشبه ما لو جنت بيدها أو فمها، وقياس

---

(٣٥) أخرجه البخارى فى «العلم» (١/ ح٦٧/ فتح) ومسلم فى «القسامة» (٣/ ٢٩/ ١٣٠٥) وأبو داود فى «سننه» (٢/ ١٩٠٥) والترمذى فى «سننه» (٤/ ٢١٥٩) وابن ماجه فى «سننه» (٢/ ٣٠٥٥) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٢٣٠).

بذحل الجاهلية»[٣٦] وتحريم الصيد ليس هو العلة فى التغليظ وإن كان من جملة المؤثر فقد خالف تحريم الحرم، فـإنه لا يجب الجزاء على من قتل فيه صيـدًا، ولا يحرم للرعى فيه ولا الاحتشاش منه، ولا ما يحتاج إليه من الرحل والعارضة والقائمة وشبهه.

١٤٦٤- مسألة: قال: (والعاقلة لا تحمل العبد ولا العمد ولا الصلح ولا الاعتراف ولا ما دون الثلث).

فى هذه المسألة خـمس مسائل: **الأولـى**: أن العاقلة لا تحمل العبـد يعنى إذا قتل العبد قاتل وجبت قيمته فى مال القاتل ولا شىء على عاقلته خطأ كان أو عمدًا وهذا قول ابن عباس والشعبى والثورى ومكحول والنخعى والبتى ومالك والليث وابن أبى ليلى وإسحاق وأبى ثور، وقـال عطاء والزهرى والحكم وحـماد وأبو حنيـفة: تـحمله العـاقلة، لأنه آدمى يجب بقـتله القصاص والكفارة فحملت العاقلة بدله كالحر وعــن الشافعى كالمذهبين ووافقنا أبو حنيفة فى دية أطرافه.

ولنا: ما روى ابن عباس عن النبى ﷺ أنه قال: «لا تحـمل العاقلة عمدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا»[٣٧] وروى عن ابن عباس موقوفًا عليه، ولم نعرف له فى الصحابة مخالفًا فيكون إجـماعًا، ولأن الواجب فيـه قيمة تخـتلف باختلاف صفـاته فلم تحمله العاقلة كـسائر

المذهب أنه لا يضمن ما تلف بذلك لأنه لا يد له على ذلك، ولا يمكن التـحرز منه فهو كما لو أتلفت برجلها، ويفارق ما إذا أتلفت بيدها أو فمها، لأنه يمكنه حفظهما.

8- مسألة: (وإن حفر بئرًا ووضع آخر حجرًا أو نصب سكينًا فعثر بالحجر فوقع فى البئر أو على السكين فـالضـمـان على واضع الحـجر ونـاصب السكين دون الحـافر، لأن الـحجـر كالدافع له وإذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده).

وبهذا قال الشـافعى، ولو وضع رجل حجرًا ثم حـفر آخر عنده بئرًا ونصب سكينا فـعثر بالحجـر فسقط عليـهما فهلك احـتمل أن يكون الحكم كذلك لمـا ذكرنا واحتـمل أن يضمن الحافر وناصب السكين، لأن فـعلهما متأخر عن فـعله، فأشبه ما لو كان زق فـيه مائع، وهو واقف فحل وكاءه إنسان، وأمـاله آخر فسال ما فيه كان الضمــان على الآخر منهما، وإن وضع

---

(٣٦) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٦٧٥٧/ شاكر) وإسناده صحيح.

والذحل: هو الثأر، وقيل: هو العداوة والحقد.

(٣٧) أخرجـه البيهـقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ١٠٤) وقـال ابن حجر فى التلخـيص (٤/ ٣٦، ٣٧) قال الرافعى: هذا الحديث تكلموا فى ثبوته، وقال ابن الصبـاغ: لم يثبت مرفوعًا، وإنما هو موقوف على ابن عباس.. اهــ. قال الحافظ: وفى جمـيع هذا نظر، قال: وروى الدارقطنى والبيهـقى من حديث عمر مرفوعًا «العمد والعبد والصلح والاعتراف لا تعقله العاقلة» وهو منقطع، وفى إسناده عبد الملك ابن حسين وهو ضعيف، قال البيهقى: والمحفوظ أنه عن عامر الشعبى من قوله.

القيم، ولأنه حيوان لا تحمل العاقلة قيمة أطرافه فلم تحمل الواجب فى نفسه كالفرس، وبهذا فارق الحر.

المسألة الثانية: أنها لا تحمل العمد سواء كان مما يجب القصاص فيه أو لا يجب ولا خلاف فى أنها لا تحمل دية ما يجب فيه القصاص وأكثر أهل العلم على أنها لا تحمل العمد بكل حال وحكى عن مالك أنها تحمل الجنايات التى لا قصاص فيها كالمأمومة والجائفة، وهذا قول قتادة، لأنها جناية لا قصاص فيها أشبهت جناية الخطأ.

ولنا: حديث ابن عباس، ولأنها جناية عمد فلا تحملها العاقلة كالموجب للقصاص وجناية الأب على ابنه، ولأن حمل العاقلة إنما يثبت فى الخطأ لكون الجانى معذوراً تخفيفاً عنه ومواساة له والعامد غير معذور فلا يستحق التخفيف ولا المعاونة فلم يوجد فيه المقتضى، وبهذا فارق العمد الخطأ ثم يبطل ما ذكروه بقتل الأب ابنه فإنه لا قصاص فيه ولا تحمله العاقلة.

إنسان حجراً أو حديدة فى ملكه أو حفر فيه بئراً فدخل إنسان بغير إذنه فهلك به فلا ضمان على المالك، لأنه لم يتعد، وإنما الداخل هلك بعدوان نفسه وإن وضع حجراً فى ملكه ونصب أجنبى فيه سكيناً أو حفر بئراً بغير إذنه فعثر رجل بالحجر فوقع على السكين أو فى البئر فالضمان على الحافر وناصب السكين لتعديهما إذ لم يتعلق الضمان بواضع الحجر لانتفاء عدوانه، وإن اشترك جماعة فى عدوان تلف به شىء فالضمان عليهم فلو وضع اثنان حجراً وواحد حجراً فعثر بهما إنسان فهلك فالدية على عواقلهم أثلاثاً فى قياس المذهب، وهو قول أبى يوسف، لأن السبب حصل من الثلاثة أثلاثاً فوجب الضمان عليهم سواء، وإن اختلفت أفعالهم كما لو جرحه واحد جرحين وجرحه اثنان جرحين فمات بها، وقال زفر: على الاثنين النصف وعلى واضع الحجر وحده النصف، لأن فعله مساو بفعلهما، وإن حفر إنسان بئراً ونصب آخر فيها سكيناً فوقع إنسان فى البئر على السكين فمات فقال ابن حامد: الضمان على الحافر، لأنه بمنزلة الدافع، وهذا قياس المسائل التى قبلها ونص أحمد على أن الضمان عليهما قال أبو بكر: لأنهما فى معنى الممسك والقاتل الحافر كالممسك وناصب السكين كالقاتل، فيخرج من هذا أن يجب الضمان على جميع المتسببين فى المسائل السابقة.

فصل: وإن حفر بئراً فى ملك نفسه أو فى ملك غيره بإذنه فلا ضمان عليه، لأنه غير متعد، وكذلك إن حفرها فى موات أو وضع حجراً أو نصب شركاً أو شبكة أو منجلاً ليصيد بها، لأنه لم يتعد بذلك، وإن فعل شيئاً من ذلك فى طريق ضيق فعليه ضمان ما تلف به، لأنه متعد، وسواء أذن له الإمام أو لم يأذن، لأنه ليس للإمام أن يأذن فيما يضر بالمسلمين ولو فعل ذلك الإمام لضمن ما يتلف به، فإن كان الطريق واسعاً فحفر فى مكان منها يضر بالمسلمين ضمن، وإن حفر فى مكان لا يضر بالمسلمين وكان حفرها لنفسه ضمن ما تلف بها

فـصل: وإن اقتص بحديدة مسمومة فسرى إلى النفس ففيه وجهان: أحدهـما: تحـمله العاقلة، لأنه ليس بعمد مـحض أشبه عمد الخطأ، والثـانى: لا تحمله، لأنه قـتله بآلة يقتل مثلها غالبًا فأشـبه من لا قصاص له، ولو وكل فى استيفاء القصاص ثم عـفا عنه فقتله الوكيل من غيـر علم بعفوه فـقال القـاضى: لا تحمله العاقلة، لأنه عـمد قتلـه، وقال أبو الخطاب: تحمله العاقلة لأنه لم يقـصد الجناية ومثل هذا يعد خطأ بدليل ما لو قـتل فى دار مسلمًا يظنه حربيًا فإنه عمد قتله وهو أحد نوعى الخطأ وهذا أصح ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين.

فـصل: وعمد الصبى والمجنون خطأ تحمله العـاقلة، وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا تحمله لأنه عمد يجوز تأديبهما عليه فأشبه القتل من البالغ.

ولنا: أنه لا يتحقق منهما كمال القصد فتـحمله العاقلة كشبه العمد، ولأنه قتل لا يوجب القصاص لأجل العذر فأشـبه الخطأ وشبه العمد، وبهذا فارق ما ذكـروه ويبطل ما ذكروه بشبه العمد.

المسألة الثالثة: أنها لا تحمل الصلح ومعناه أن يدعى عليه القتل فينكره ويصالح المدعى على مال فلا تحملـه العاقلة، لأنه مال ثبت بمصالحـته واختياره فلم تحمله العاقلة كالذى ثبت باعتـرافه، وقال القاضى: مـعناه أن يصالح الأولياء عن دم العـمد إلى الدية، والتفسـير الأول

سواء حـفرها بإذن الإمام أو بغـير إذنه، وقال أصـحاب الشـافعى: إن حفـرها بإذن الإمام لم يضمن، لأن للإمام أن يأذن فى الانتفاع بما لا ضرر فيه بدليل أنه يجوز أن يأذن فى القعود فيه ويقطعه لمن يبتاع فيه.

ولنا: أنه تلف بحفر حفرة فى حق مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن الإمام، ولا نسلم أن للإمـام أن يأذن فى هذا فإنما يأذن فى القـعود، لأن ذلك لا يدوم، ويمكن إزالته فى الحـال فأشبـه القعود فى المـسجد، ولأن القعـود جائز من غيـر إذن الإمام فكذلك الحفر.

فـصل: وإن حفر بئرًا فى ملك مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه ضمن ما تلف به جميعه، وهذا قياس مذهب الشافعى وقال أبو حنيفة: يضمن ما قابل نصيب شريكه فلو كان له شريكان ضمن ثلثى التـالف، لأنه تعدى فى نصيب شـريكه، وقال أبو يوسف: عليه نصف الضـمان، لأنه تلف بجهتين فكان الضمان نصفين كما لو جرحه أحدهما جرحًا وجرحه الآخر جرحين.

ولنا: أنه متعد بالحفر فضمن الواقع فيها كما لو كان فى ملك غيره والشركة أوجب تعدية لجمـيع الحفر، فكان موجب الجـميع الضمـان، ويبطل ما ذكره أبو يوسف بما لو حـفره فى طريق مشـترك فـإن له فيهـا حقًا، ومع ذلك يضـمن الجمـيع والحكم فيـما إذا أذن له بعض الشركاء فى الحفـر دون بعض كالحكم فيما إذا حفر فى ملك مشـترك بينه وبين غيره لكونه لا يباح الحفر ولا التصرف حتى يأذن الجميع.

أولى، لأن هذا عمد فيستغنى عنه بذكر العمد، وممن قال لا تحمل العاقلة الصلح: ابن عباس والزهرى والشعبى والثورى والليث والشافعى، وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه ولأنه لو حملته العاقلة أدى إلى أن يصالح بمال غيره ويوجب عليه حقًا بقوله.

المسألة الرابعة: أنها لا تحمل الاعتراف وهو أن يقر الإنسان على نفسه بقتل خطأ أو شبه عمد فتجب الدية عليه ولا تحمله العاقلة ولا نعلم فيه خلافًا وبه قال ابن عباس والشعبى والحسن وعمر بن عبد العزيز والزهرى وسليمان بن موسى والثورى ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى، وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه، ولأنه لو وجب عليهم لوجب بإقرار غيرهم ولا يقبل إقرار شخص على غيره، ولأنه يتهم فى أن يواطىء من يقر له بذلك ليأخذ الدية من عاقلته فيقاسمه إياها، إذا ثبت هذا، فإنه يلزمه ما اعترف به وتجب الدية عليه حالة فى ماله فى قول أكثرهم.

وقال أبو ثور وابن عبد الحكم: لا يلزمه شىء ولا يصح إقراره، لأنه مقر على غيره لا على نفسه، ولأنه لم يثبت موجب إقراره فكان باطلاً كما لو أقر على غيره بالقتل.

ولنا: قوله تعالى: ﴿**وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ**﴾ (النساء: ٩٢) ولأنه مقر على نفسه بالجناية الموجبة للمال فصح إقراره كما لو أقر بإتلاف مال أو

فصل: وإن حفر إنسان فى ملكه بئرًا فوقع فيها إنسان أو دابة فهلك به، وكان الداخل دخل بغير إذنه فلا ضمان على الحافر، لأنه لا عدوان منه، وإن دخل بإذنه والبئر ظاهرة مكشوفة والداخل يصير يبصرها فلا ضمان أيضًا، لأن الواقع هو الذى أهلك نفسه فأشبه ما لو قدم إليه سكينًا فقتل بها نفسه، فإن كان الداخل أعمى أو كانت فى ظلمة لا يبصرها الداخل أو غطى رأسها فلم يعلم الداخل حتى وقع فيها ضمنه وبهذا قال شريح والشعبى والنخعى وحماد ومالك، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، وقالوا فى الآخر: لا يضمنه، لأنه هلك بفعل نفسه.

ولنا: أنه تلف بسببه فضمنه كما لو قدم له طعامًا مسمومًا، فأكله وبهذا ينتقض ما ذكروه، وإن اختلفا فقال صاحب الدار: ما أذنت لك فى الدخول، وادعى ولى الهالك أنه أذن له فالقول قول المالك، لأنه منكر، وإن قال: كانت مكشوفة وقال الآخر: كانت مغطاة فالقول قول ولى الواقع، لأن الظاهر معه فإن الظاهر أنها لو كانت مكشوفة لم يسقط فيها ويحتمل أن القول قول المالك، لأن الأصل براءة ذمته فلا تشتغل بالشك.

9- مسألة: (وإن غصب صغيرًا فنهشته حية أو أصابته صاعقة ففيه الدية، وإن مات بمرض فعلى وجهين) لأنه تلف فى يده العادية:

أحدهما: يضمنه كالعبد الصغير، **والثانى:** لا يضمنه، لأنه حر لا تثبت اليد عليه فى الغصب أشبه الكبير.

بما لا تحمل ديتـه العاقلة، ولأنه محل مضـمون فيضمن إذا اعـترف به كسائر المـحال وإنما سقطت عنه الدية فى مـحل الوفاق لتحـمل العاقلة لها، فإذا لم تـحملها وجبت عليـه كجناية المرتده.

المسألة الخامسة: أنها لا تحمل ما دون الثلث وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك وإسحـاق وعبد العـزيز بن أبى سلمة، وبه قال الزهـرى وقال: لا تحمل الثلث أيضًـا، وقال الثورى وأبو حنيفة: تحمل السن والموضحـة وما فوقها، لأن النبى ﷺ جعل الغرة التى فى الجنين على العاقلة(٣٨) وقيمتها نصف عشر الدية ولا تحمل ما دون ذلك، لأنه ليس فيه أرش مقدر والصـحيح عن الشافعى أنها تحـمل الكثير والقليل، لأن من حمل الكثـير حمل القليل كالجانى فى العمد.

ولنا: ما روى عن عمـر ﷺ أنه قضى فى الدية أن لا يحمل منها شىء حـتى تبلغ عقل المأمومة، ولأن مقتضى الأصل وجوب الضـمان على الجانى، لأنه موجب جنايته وبدل متلفه فكان عليه كسـائر المتلفات والجنايات وإنما خولف فى الثـلث فصاعداً تخفيـفًا عن الجانى، لكونه كثيرًا يجحف به قال النبى ﷺ: «الثلث كثير»(٣٩) ففيما دونه يبقى عليه قضية الأصل ومقـتضى الدليل، وهذا حجـة على الزهرى، لأن النبى ﷺ جعل الثلث كـثيرًا، فـأما دية

10- مسألة: (وإن اصطدام نفسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر).

روى هذا عن على ﷺ، ولا يجب القصـاص سواء كان اصطدامهـا عمدًا أو خطأ، لأن الصدمة لا تقـتل غالبًا، فالقتل الحاصل بهـا مع العمد عمد الخطأ، ولا فرق بين الـبصيرين، والأعمـيين، والبصيـر والأعمى، فإن كـان امرأتين حاملين فهـما كالرجلين فـإن أسقطت كل واحدة منهـما جنينًا فعلى كل واحـدة نصف ضمان جنينهـا ونصف ضمان جنيـن صاحبتـها، لأنهما اشتركتا فى قتله، وعلى كل واحدة منهما عتق ثلاث رقاب واحدة لقتل صاحبتها واثنتان لمشاركـتها فى الجنينين، فإن أسقطت إحـداهما دون الأخرى اشركتـا فى ضمانه، وعلى كل واحدة منهـما عتق رقبتـين، وإن اصطدم راكب وماش فهو كـما لو كانا ماشـيين وإن اصطدم راكبان فماتا فهو كما لو كانا ماشيين.

11- مسألة: (وإن كان راكبين فماتت الدابتان فعلى كل واحد منهما قيمة دابة الآخر).

وجـملة ذلك: أن على كل واحد من المصطدمين ضـمان ما تلف من الآخر من نفس أو دابة أو مال سواء كـانت الديتان فرسين أو بغلين أو حـمارين أو جملين أو كان أحدهمـا فرسًا والآخر غيـره مقبلين كانا أو مـدبرين، وبهذا قال أبو حنيفـة وصاحباه وإسحـاق، وقال مالك والشافعى: على كل واحـد منهما نصف قيمـة ما تلف من الآخر لأن التلف حصل بفـعلهما، فكان الضمان منقسمًا عليهما كما لو جرح إنسان نفسه وجرحه غيره فمات منهما.

---

(٣٨)تقدم برقم (٩) مسألة (١٤١٦).

(٣٩)تقدم برقم (٢٥) من المجلد الخامس (ص ٣٧٩).

الجنين فلا تحملها العاقلة إلا إذا مات مع أمه من الضربة لكون ديتهما جميعًا موجب جناية تزيد على الثلث، وإن سلمنا وجوبها على العاقلة فلأنها دية آدمي كاملة.

فصل: وتحمل العاقلة دية الطرف إذا بلغ الثلث وهو قول من سمينا في المسألة التي قبل هذا وحكي عن الشافعي أنه قال في القديم: لا تحمل ما دون الدية، لأن ذلك يجري مجرى ضمان الأموال بدليل أنه لا تجب فيه كفارة.

ولنا: قول عمر ﷺ، ولأن الواجب دية جناية على حر تزيد على الثلث فحملتها العاقلة كدية النفس، لأنه كثير يجب ضمانًا لحر أشبه ما ذكرناه وما ذكره يبطل بما إذا جنى على الأطراف بما يوجب الدية أو زيادة عليها.

فصل: وتحمل العاقلة دية المرأة بغير خلاف بينهم فيها وتحمل من جراحها ما أبلغ أرشه ثلث دية الرجل كدية أنفها وما دون ذلك كدية يدها لا تحمله العاقلة وكذلك الحكم في دية الكتابي، ولا تحمل دية المجوسي، لأنها دون الثلث ولا دية الجنين إن مات منفردًا أو مات قبل موت أمه نص عليه أحمد، لأنه دون الثلث، وإن مات مع أمه حملتهما العاقلة نص عليه، لأن وجوب ديتهما حصل في حال واحدة بجناية واحدة مع زيادتهما على الثلث فحملتهما العاقلة كالدية الواحدة.

ولنا: أن كل واحد منهما مات من صدمة صاحبه، وإنما هو قربها إلى محل الجناية فلزم الآخر ضمانها كما لو كانت واقفة بخلاف الجراحة إذا ثبت هذا فإن قيمة الدابتين إن تساوتا تقاصتا وسقطتا، وإن كانت إحداهما أكثر من الأخرى فلصاحبها الزيادة، وإن ماتت إحدى الدابتين فعلى الآخر قيمتها وإن نقصت فعليه نقصها، فإن كان أحدهما يسير بين يدي الآخر فأدركه الثاني فصدمه فماتت الدابتان أو إحداهما فالضمان على اللاحق، لأنه الصادم والآخر مصدوم.

12- **مسألة: (إلا أن يكون أحدهما يسير والآخر واقفا فعلى السائر ضمان الواقف ودابته)**.

نص أحمد على هذا، لأن السائر هو الصادم المتلف فكان الضمان عليه، فإن مات هو أو دابته فهو هدر، لأنه أتلف نفسه ودابته، وإن انحرف الواقف فصادفت الصدمة انحرافه فهما كالسائرين، لأن التلف حصل من فعلهما.

13- **مسألة: (إلا أن يكون في طريق ضيق قاعدًا أو واقفًا فلا ضمان عليه فيه وعليه ضمان ما تلف به)**.

إذا كان الواقف متعديًا بوقوفه مثل أن يقف في طريق ضيق فالضمان عليه دون السائر، لأن التلف حصل بتعديه، فكان الضمان عليه كما لو وضع حجرًا في الطريق أو جلس في طريق ضيق فعثر به إنسان.

فـــصل: وإن كان الجانى ذميّـا فعقله على عصبته من أهل ديتـه المعاهدين فى إحدى الروايتين وهو قـول الشافعى، وفى الأخرى لا يتـعاقلون، لأن المعاقلة تثـبت فى حق المسلم على خلاف الأصل تخفيفًا عنه ومعونة له فلا يلحق به الكافر، لأن المسلم أعظم حرمة وأحق بالمواساة والمعونة من الذمى، ولهذا وجبت الزكاة على المسلمين مواساة لفقرائهم ولم تجب على أهل الذمة لفقرائهم فتبـقى فى حق الذمى على الأصل، ووجه الرواية الأولى أنهم عصبة يرثونه فيعقلون عنه كعـصبة المسلم من المسلمين ولا يعقل عنه عصـبته المسلمون، لأنهم لا يرثونه ولا الحربيـون، لأن الموالاة والنصرة منقطعـة بينهم، ويحتمل أن يـعقلوا عنه إذا قلنا: إنهم يرثونه، لأنهم أهل دين واحـد يرث بعضـهم بعضًـا، ولا يعقل يهودى عـن نصرانى ولا نصرانى عن يهودى، لأنهم لا موالاة بينهم وهم أهل ملتين مختلـفتين ويحتمل أن يتعاقلا بناء على الروايتين فى توارثهما.

فـصل: وإن تنصر يهودى أو تهود نصرانى وقلنا: إنه يقر عليـه عقل عنه عصبته من أهل

14- مسألة: (وإن أركب صبيين لا ولاية له عليهما فاصطدما فماتا فعلى عاقلته ديتهما) لأن متعد بذلك وتلفها بسبب جنايته.

15- مـسـألة: (وإن رمى ثلاثة بمنجنيق فقـتل الحجر إنسانًا فعلى عـاقلة كل واحد منهم ثلث ديته).

لا يخلو ذلك من حالين **أحدهـما**: أن يكون المقتول واحد منهم **والثانى**: أن يكون من غيـرهم فإن كان من غيـرهم فالدية على عواقـلهم أثلاثًا، لأن العاقلة تحمل الثلث فـما زاد، وسواء قـصدوا رمى واحـد بعينه أو قصـدوا رمى جمـاعة أو لم يقصـدوا ذلك، لأنهم إن لم يقصدوا قـتل آدمى معصوم فهو خطأ ديتـه دية الخطأ وإن قصدوا رمى جماعـة أو واحدًا بعينه فهو شبه عمد، لأن قصد الواحد بالمنـجنيق لا يكاد يفضى إلى إتلافه فيكون شبه عمد تحمله العاقلة فى ثلاث سنين وعلى قول أبى بكر لا تحمل العاقلة شبه العمد فلا تحمله ههنا.

الحال الثانى: أن يصيب واحد منهم فعلى كل واحد كفارة ولا تسقط عمن أصابه الحجر، لأنه شارك فى قتل نفس مؤمنة والكفارة إنما تجب لحق الله تعالى فوجبت عليه بالمشاركة فى نفسه كوجوبها بالمشاركة فى قتل غيره، وأما الدية ففيها ثلاثة أوجه:

أحـــدها: أن على عاقلة كل واحـد منهم ثلث دية المقتول لورثتـه، لأن كل واحد منهم مشارك فى قتل نفس مؤمنة خطأ فلزمتـه ديتها كالأجانب وهذا ينبنى على أن جناية المرء على نفسه وأهله خطأ تتحمل عقلها عاقلته.

والوجه الثانى: أن ما قابل فعل المقتول ساقط لا يضمنه أحد، لأنه شارك فى إتلاف حقه فلم يضمن ما قابل فـعله كما لو شارك فى قتل بهيمته أو عـبده، وهذا الذى ذكره القاضى فى المجرد ولم يذكر غيره وهو مذهب الشافعى.

الدين الذى انتقل إليه وهل يعقل عنه الذين انتـقل عن دينهم؟ على وجهين، وإن قلنا: لا يقر لم يعقل عـنه أحد، لأنه كالمـرتد والمرتد لا يعـقل عنه أحد، لأنه ليس بمـسلم فيـعقل عنه المسلمـون ولا ذمى فيعـقل عنه أهل الذمة وتكون جنايتـه فى ماله وكـذلك كل من لا تحمل عاقلته جنايته يكون موجبها فى ماله كسائر الجنايات التى لا تحملها العاقلة.

فـصل: ولو رمى ذمى صيدًا ثم أسلم ثم أصاب السهم آدميًـا فقتله لم يعقله المسلمون، لأنه لم يكن مسلمًا حـال رميه، ولا المعاهدون لأنه قتله وهو مسلم فـيكون فى مال الجانى، وهكذا لو رمى وهو مسلم ثم ارتد ثم قتل السهم إنسانًا لم يعقله أحد، ولو جرح ذمى ذميّا ثم أسلم الجارح ومات المجروح وكان أرش جراحـه يزيد على الثلث فعقله على عصبته من أهل الذمة وما زاد على أرش الجرح لا يحمله أحد ويكون فى مال الجانى كما ذكرنا، وإن لم يكن أرش الجرح مما تحمله العاقلة فجـميع الدية على الجانى، وكذلك الحكم إذا جرح مسلمًا ثم ارتد، ويحتـمل أن تحمل الديـة كلها العاقلـة فى المسألتـين، لأن الجناية وجـدت وهو ممن تحمل العاقلة جنايتـه ولهذا وجب القصاص فى المسألة الأولى وإذا كان عـمدًا ويحتمل أن لا يتحمل العاقلة شيئًا، لأن الأرش إنما يستقر باندمال الجرح أو سرايته.

الثـالث: أن يلغى فعل المقتول فى نفسه وتجب ديته بكمالها على عاقلة الآخرين نصفين قال أبو الخطاب: هذا قيـاس المذهب بناء على مسألة المـتصادمين قال شـيخنا: والذى ذكره القـاضى أحسن وأصح فـى النظر، وقد روى نحـو ذلك عن على ﷺ فى مـسـألة القارضـة والقابضة والواقصة قال الشعبى: وذلك أن ثلاث جوار اجتمعن فارن فركبت إحداهن على عنق أخرى وقرصت الثالثة المركوبة فقصمت فسقطت الراكبة فوقصت عنقها فماتت فرفع ذلك إلى على ﷺ فقـضى بالدية أثلاثًا على عـواقلهن وألغى الثلث الذى قابل فـعل الواقصـة، لأنها أعانت على قتل نفسهـا وهذه شبيهة بمسألتنا، ولأن المقـتول شارك فى القتل فلم تكمل الدية على شريكيه كما لو قتلوا واحدًا من غيرهم فإن رجع الحجر فقتل اثنين من الرماة فعلى الوجه الأول تجب ديتهـما على عواقلهم أثلاثًا وعلى كل واحـد منهم كفارتان، وعلى الوجـه الثانى يجب على عاقلة الحى منهم لكل مـيت ثلث ديته وعلى عاقلة كل واحد من المـيتين ثلث دية صاحبـه ويلغى فعل نفســه وعلى الوجه الثالث عل عاقلة الـحى لكل واحد منهم نصف الدية ويجب على عاقلة كل واحد من الميتين نصف الدية لصاحبه.

16- **مـسـألة:** وإن كانوا أكثر من ثلاثة فالدية حالة فى أموالهم فى الصحيح من المذهب إلا على الوجه الذى اختاره أبـو الخطاب فإنهم إذا كانوا أربعة فقتل الحـجر أحدهم فإنه يجب على عاقلة كل واحد من الثلاثة الباقين ثلث الدية، لأنهم يحملونها كلها فأما إن كانوا أكثر من أربعة أو كان المـقتول من غيرهم وهم أربعـة فإن الدية حالة فى أموالهم، لأن المـقتول يلغى فـعله فى نفسه ويكون هدرًا، لأنه لا يـجب عليه لنـفسـه شىء ويكون باقى الدية فى أمـوال

فصل: إذا تزوج عبد معتقة فأولدها أولادًا فولاؤهم لمولى أمهم وإن جنى أحدهم فالعقل على مولى أمــه، لأنه عصبته ووارثه فـإن أعتق أبوه ثم سرت الجناية أو رمى بسـهم فلم يقع السهم حـتى أعتق أبوه لم يحـمل عقله أحد، لأن مـوالى الأم قد زال ولاؤهم عنه قـبل قتله وموالى الأب لم يكن لهم عليه ولاء حال جنايتـه فتكون الدية عليه فى ماله إلا أن يكون أرش الجرح مما تحمله العاقلة منفردًا فيخرج فيه مثل ما قلنا فى المسألة التى قبلها.

فـــصل: وإن جنى الرجل على نفسـه خطأ أو على أطرافه ففيه روايتـان، قال القاضى: أظهرهما أن على عاقلته ديته لورثته إن قتل نفسه أو أرش جرحه لنفسه إذا كان أكثر من الثلث، وهذا قول الأوزاعى وإسحاق لمـا روى أن رجلاً ساق حمارًا فضربه بعصًـا كانت معه فطارت منها شظيــة ففقأت عــينه فجعل عــمر ديته على عــاقلته وقال: هى يد من أيدى المـسلمين لم يصبها اعتـداء على أحد ولم نعرف له مخالفًا فى عصـره، ولأنها جناية خطأ فكان عقلها على عاقلتـه كما لو قتل غـيره، فعلى هذه الرواية إن كانت الـعاقلة الورثة لم يجب شىء، لأنه لا يجب للإنسان شىء على نفسه، وإن كان بعضهم وارثًا سـقط عنه ما يقابل نصيبه وعليه ما زاد على نصيبه وله ما بقى إن كان نصيبه من الدية أكثر من الواجب عليه.

والرواية الثـانيـة: جنايته هدر، وهذا قـول أكثر أهل العلم منهم ربيعـة ومالك والثورى

شركائه حالاً، لأن التأجيل فى الديات إنما يكون فـيما تحمله النافعة وهذا دون الثلث والعاقلة لا تحمل ما دون الثلث، وذكر أبو بكر فيهـا رواية أخرى أن العاقلة تحملها، لأن الجناية فعل واحد أوجب دية تزيد على الثلث والصحيح الأول، لأن كل واحد منهم يختص بموجب فعله دون فعل شركـائه وحمل العاقلة إنمـا شرع لتخفيف علـى الجانى فيما يشـق ويثقل وما دون الثلث يسير على ما نذكره والذى يلزم كل واحد أقل من الثلث وقوله: أنه فعل واحد قلنا: بل هى أفعال فإن فعل كل واحـد غير فعل الآخر وإنما موجب الجميع واحد فـأشبه ما لو جرحه كل واحد جرحًـا فماتت النفس بجمـيعها إذا ثبت هذا فـالضمان معلق بمن مـد الحبال ورمى الحجر دون من وضعه فى الكفة وأمسك الخشب اعتـبارًا بالمباشر كمن وضع سهمًا فى قوس إنسان ورماه صاحب القوس فالضمان على الرامى دون الواضع.

17- **مسألة: (وإن جنى إنسان على نفسه أو طرفه خطأ فلا شىء له وعنه على عاقلته ديته لورثته ودية طرفه لنفسه).**

أمـا إذا كانت الجناية عـمدًا فـلا شىء له إجـماعًـا، وإن كانت خطأ فكذلك فى إحـدى الروايتين قياسًا على العمد ولما روى ابن عامر بن الأكـوع يوم خيبر رجع سيفه عليه فقتله ولم ينقل أن النبى ﷺ قـضى فيـه بدية ولا غيرها ولـو كانت واجبـة لبينهـا النبى ﷺ ولنقل ظاهرًا، والرواية الثـانية: أن ديته على عاقلته لورثته ودية طرفه لنفسه وهو ظاهر كلام الخرقى ذكره فيما إذا رمى ثـلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر فقتل أحدهم لمـا روى أن رجلاً ساق حمارًا

والشافعي وأصحاب الرأى وهو أصح لأن عامر بن الأكوع بارز مرحبًا يوم خيبر فرجع سيفه على نفسه فمات[٤٠]، ولم يبلغنا أن النبي ﷺ قضى فيه بدية ولا غيرها، ولو وجبت لبينه النبي ﷺ، ولأنه جنى على نفسه فلم يضمنه غيره كالعمد، ولأن وجوب الدية على العاقلة إنما كان مواساة للجاني وتخفيفًا عنه وليس على الجاني هٰهنا شيء يحتاج إلى الإعانة والمواساة فيه فلا وجه لإيجابه، ويفارق هذا ما إذا كانت الجناية على غيره فإنه لو لم تحمله العاقلة لأجحف به وجوب الدية لكثرتها، فأما إن كانت الجناية على نفسه شبه عمد فهل تجرى مجرى الخطأ؟ على وجهين: **أحدهما**: هي كالخطأ، لأنها تساويه فيما إذا كانت على غيره، **والثاني**: لا تحمله العاقلة، لأنه لا عذر له فأشبه العمد المحض.

فصل: وأما خطأ الإمام والحاكم فى غير الحكم والاجتهاد فهو على عاقلته بغير خلاف إذا كان مما تحمله العاقلة وما حصل باجتهاده ففيه روايتان: **إحداهما**: على عاقلته أيضًا لما روى عن عمر ﷺ أنه بعث إلى امرأة ذكرت بسوء فأجهضت جنينها فقال عمر لعلي: عزمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك[٤١]، ولأنه جان فكان خطؤه على عاقلته كغيره، **والثانية**: هو فى بيت المال وهو مذهب الأوزاعى والثورى وأبى حنيفة وإسحاق، لأن الخطأ

فضربه بعصا كانت معه فطارت منها شظية فأصابت عينه ففقأتها فجعل عمر بن الخطاب ﷺ ديته على عاقلته(*)، وقال: هي يد من أيدى المسلمين لم يصبها اعتداء على أحد ولم يعرف له مخالف، ولأنه قتل خطأ فكانت ديته على عاقلته كما لو قتل غيره والأول أصح فى القياس وهذا قول أكثر أهل العلم منهم ربيعة ومالك والثورى والشافعي وأصحاب الرأى لما ذكرنا من حديث عامر بن الأكوع حين رجع سيفه عليه يوم خيبر فمات، ولأن وجوب الدية على العاقلة على خلاف الأصل مواساة للجاني وتخفيفًا عنه وليس هٰهنا على الجاني شيء يخفف عنه ولا يقتضى النظر أن تكون جنايته على نفسه على غيره ويفارق هذا ما إذا كانت الجناية على غيره فإنه لو لم تحمله العاقلة لاجحف به وجوب الدية لكثرتها وقال القاضي: الرواية الثانية أظهر عنه فعلى هذه الرواية إن كانت العاقلة هى الوارثة لم يجب شيء، لأنه لا يجب للإنسان شيء على نفسه فإن كان بعضهم وارثًا سقط عن الوارث ما يقابل ميراثه فإن كانت جنايته على نفسه شبه عمد فهو كالخطأ فى أحد الوجهين وفى الآخر لا تحمله العاقلة بحال.

18- مسألة: (وإن نزل رجل فى بئر فخر عليه آخر فمات الأول من سقطته فعلى عاقلته ديته).

وجملة ذلك: أنه نزل رجل فى بئر فسقط عليه آخر فقتله فعليه ضمانه كما لو رمى عليه

---

(٤٠) أخرجه البخارى فى «المغازى» (٧/ ٤١٩٦/ فتح) ومسلم فى «الجهاد» (٣/ ١٤٢٧/ ١٢٣) وأبو داود فى «سننه» (٣/ ح٢٥٣٨) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ٤٧، ٤٨).اهـ.

(٤١) تقدم تخريجه برقم (١٤) مسألة رقم (١٤٦١) مغنى.

(*) انظر الإجماع لابن المنذر (ص٩٤١/ ٧٠١).

يكثر فى أحكامه واجتهاده فإيجاب عقله على عاقلته يجحف بهم، ولأنه نائب عن الله تعالى فى أحكامه وأفعاله فكان أرش جنايته فى مال الله سبحانه، وللشافعى قولان كالروايتين.

١٤٦٥- **مسألة:** قال: (**وإذا جنى العبد فعلى سيده أن يفديه أو يسلمه فإن كانت الجناية أكثر من قيمته لم يكن على سيده أكثر من قيمته**).

هذا فى الجناية التى تؤدى بالمال إما لكونها لا توجب إلا بالمال، وإما لكونها موجبة للقصاص فعفا عنها إلى المال، فإن جناية العبد تتعلق برقبته إذ لا يخلو من أن تتعلق برقبته أو ذمته أو ذمة سيده، أو لا يجب شىء ولا يمكن إلغاؤها لأنها جناية آدمى فيجب اعتبارها كجناية الحر، ولأن جناية الصغير والمجنون غير ملغاة مع عذره وعدم تكليفه فجناية العبد أولى، ولا يمكن تعلقها بذمته، لأنه يفضى إلى إلغائها أو تأخير حق المجنى عليه إلى غير غاية ولا بذمة السيد لأنه لم يجن فتعين تعلقها برقبة العبد، ولأن الضمان موجب جنايته فتتعلق برقبته كالقصاص ثم لا يخلو أرش الجناية من أن يكون بقدر قيمته فما دون أو أكثر، فإن كان بقدرها فما دون فالسيد مخير بين أن يفديه بأرش جنايته أو يسلمه إلى ولى الجناية فيملكه، وبهذا قال الثورى ومحمد بن الحسن وإسحاق، وروى ذلك عن الشعبى وعطاء ومجاهد وعروة والحسن والزهرى وحماد، لأنه إن دفع أرش الجناية فهو الذى وجب للمجنى

حجرًا ثم ينظر فإن كان عمد رمى نفسه عليه وهو مما يقتل غالبًا فعليه القصاص، وإن كان مما لا يقتل غالبًا فهو شبه عمد، وإن وقع خطأ فالدية على عاقلته محققة، وإن مات الثانى بوقوعه على الأول فدمه هدر، لأنه مات بفعله، وقد روى على بن رباح اللخمى أن رجلاً كان يقود أعمى فوقعا فى بئر خر البصير فوقع الأعمى فوق البصير فقتله فقضى عمر بعقل البصير على الأعمى، فكان الأعمى ينشد فى الموسم:

* يا أيها الناسُ لَقيتُ مُنْكَرًا *
* هل يَعْقِلُ الأعمى الصَّحيحَ المُبْصِرَا؟ *
* خَرَّا معًا كِلاهُمَا تَكَسَّرَا(١) *

وهذا قول ابن الزبير وشريح والنخعى والشافعى وإسحاق قال شيخنا: ولو قال قائل: ليس على الأعمى ضمان البصير، لأنه الذى قاده إلى المكان الذى وقعا فيه وكان سبب وقوعه عليه، ولذلك لو فعله قصدًا لم يضمنه بغير خلاف وكان عليه ضمان الأعمى إلا أن يكون مجمعًا عليه فلا يجوز مخالفة الإجماع، ويحل أنه إنما لم يجب الضمان على القائد لوجهين.

أحدهما: أنه مأذون فيه من جهة الأعمى فلم يضمن ما تلف به كما لو حفر له بئرًا فى داره بإذنه فتلف بها.

---

(١) أخرجه الدارقطنى فى «السنن» (٣/ ٩٨، ٩٩) من طريق موسى بن على بن رباح اللخمى قال: سمعت أبى يقول... فذكره، وإسناده منقطع.

عليه فلم يملك المطالبة بأكثر منه، وإن سلم العبد فقد أدى المحل الذى تعلق الحق به، ولأن حق المجنى عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة وقد أداها، وإن طالب المجنى عليه بتسليمه إليه وأبى ذلك سيده لم يجبر عليه لما ذكرنا، وإن دفع السيد عبده فأبى الجانى قبوله وقال: بعه وادفع إلىَّ ثمنه فهل يلزم السيد ذلك؟ على روايتين، وأما إن كانت الجناية أكثر من قيمته ففيه روايتان: **إحداهما:** أن سيده يخير بين أن يفديه بقيمته أو أرش جنايته وبين أن يسلمه، لأنه إذا أدى قيمته فقد أدى قدر الواجب عليه فإن حق المجنى عليه لا يزيد على العبد فإذا أدى قيمته فقد أدى الواجب عليه»[٤٢] فلم يلزمه أكثر من ذلك كما لو كانت الجناية بقدر قيمته.

والرواية الثانية: يلزمه تسليمه إلا أن يفديه بأرش جنايته بالغة ما بلغت وهذا قول مالك، لأنه ربما إذا عرض للبيع رغب فيه راغب بأكثر من قيمته فإذا أمسكه فقد فوت تلك الزيادة على المجنى عليه، وللشافعى قولان كالروايتين، ووجه الرواية الأولى أن الشرع قد جعل له فداءه فكان له فداؤه وكان الواجب قدر قيمته كسائر المتلفات.

فصل: فإن كانت الجناية موجبة للقصاص فعفا ولى الجناية على أن يملك العبد لم يملكه بذلك، لأنه إذا لم يملكه بالجناية، فلأن لا يملكه بالعفو أولى، ولأنه أحد من عليه القصاص فلا يملكه بالعفو كالحر، ولأنه إذا عفا عن القصاص انتقل حقه إلى المال فصار

الثانى: أنه فعل مندوب إليه مأمور به فأشبه ما لو حفر بئرًا فى سابلة ينتفع بها المسلمون فإنه لا يضمن ما تلف بها، وإن مات الثانى فدمه هدر، لأنه لا صنع لغيره فى هلاكه.

مسألة: (وإن وقع عليهما ثالث فمات الثانى به فعلى عاقلة الثالث ديته).

لأنه تلف من سقطته، وإن مات الأول من سقطتهما فديته على عاقلتهما لأنه مات بوقوعهما عليه ودية الثانى على الثالث، لأنه انفرد بالوقوع عليه فانفرد بديته، ودم الثالث هدر، لأنه لا صنع لغيره فى هلاكه هذا إذا كان الوقوع هو الذى قتله، فإن كان البئر عميقًا يموت الواقع بمجرد وقوعه لم يجب ضمان على أحد، لأن كل واحد منهم مات بوقعته لا بفعل غيره، وإن احتمل الأمرين فكذلك، لأن الأصل عدم الضمان.

19- **مسألة:** (وإن كان الأول جذب الثانى وجذب الثانى الثالث فلا شىء على الثالث).

لأنه لا فعل له ووجبت ديته على الثانى فى أحد الوجهين، لأنه هو جذبه وباشره بذلك والمباشرة تقطع حكم المتسبب كالحافر مع الدافع، **والثانى:** ديته على الأول والثانى نصفين، لأن الأول جذب الثانى الجاذب للثالث فصار مشاركًا للثانى فى إتلافه، ودية الثانى على عاقلة الأول فى أحد الوجهين، لأنه هلك بجذبته، وإن هلك بسقوط الثالث عليه فقد هلك بجذبة الأول وجذبة نفسه للثالث فسقط فعل نفسه كالمصطدمين وتجب ديته بكمالها على الأول ذكره القاضى، **والوجه الثانى:** يجب على الأول نصف ديته ويهدر نصفها فى مقابلة فعل نفسه وهذا

---

(٤٢) سقط من المطبوعة، وأثبتناه من (هـ).

كالجانى جناية موجبة للمال، وفيه رواية أخرى أنه يملكه، لأنه مملوك استحق إتلافه فاستحق إبقاءه على ملكه كعبده الجانى عليه.

فصل: قال أبو طالب سمعت أبا عبد الله يقول: إذا أمر غلامه فجنى فعليه ما جنى وإن كان أكثر من ثمنه إن قطع يده حر فعليه دية الحر وإن كان ثمنه أقل، وإن أمره سيده أن يجرح رجلاً فما جنى فعليه قيمة جنايته، وإن كانت أكثر من ثمنه، لأنه بأمره، وكان على وأبو هريرة يقولان: إذا أمر عبده أن يقتل فإنما هو سوطه ويقتل المولى ويحبس العبد، وقال أحمد: حدثنا بهز حدثنا حماد بن سلمة حدثنا قتادة عن خلاس أن عليًا قال: إذا أمر الرجل عبده فقتل إنما هو كسوطه أو كسيفه يقتل المولى والعبد يستودع السجن(٤٣)، ولأنه فوت شيئًا بأمره فكان على السيد ضمانه كما لو استدان بأمره.

فصل: فإن جنى جنايات بعضها بعد بعض فالجانى بين أولياء الجنايات بالحصص، وبهذا قال الحسن وحماد وربيعة وأصحاب الرأى والشافعى، وروى عن شريح: أنه قال يقضى به لآخرهم، وبه قال الشعبى وقتادة، لأنها جناية وردت على محل مستحق فقدم صاحبها على المستحق قبله كالجناية على المملوك الذى لم يجن، وقال شريح فى عبد شج رجلاً ثم آخر

مذهب الشافعى، ويتخرج وجه ثالث وهو وجوب نصف ديته على عاقلته لورثته كما قلنا فيما إذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فقتل الحجر أحدهم، وأما الأول إذا مات بوقوعهما عليه ففيه الأوجه الثلاثة لأنه مات من جذبته وجذبة الثانى للثالث فتجب ديته كلها على عاقلة الثانى ويلغى فعل نفسه على الوجه الأول وعلى الثانى يهدر نصف ديته المقابل لفعل نفسه ويجب نصفها على الثانى وعلى الثالث يجب نصفها على عاقلته لورثته.

فصل: وإن جذب الثالث رابعًا فمات جميعهم بوقوع بعضهم على بعض فلا شىء على الرابع، لأنه لم يفعل شيئًا فى نفسه ولا غيره وفى ديته وجهان: **أحدهما:** أنها على عاقلة الثالث المباشر لجذبه، **والثانى:** على عاقلة الأول والثانى والثالث، لأنه مات من جذب الثلاثة فكانت ديته على عواقلهم، وأما الأول فقد مات بجذبته وجذبة الثانى وجذبة الثالث ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يلغى فعل نفسه وتجب ديته على عاقلة الثانى والثالث نصفين.

والثانى: يجب على عاقلتهما ثلثاها ويسقط ما قابل فعل نفسه.

والثالث: يجب ثلثها على عاقلته لورثته وأما الجاذب الثانى فقد مات بالأفعال الثلاثة وفيه هذه الأوجه الثلاثة المذكورة فى الأول سواء، وأما الثالث ففيه مثل هذه الأوجه الثلاثة ووجهان آخران:

---

(٤٣) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٥٠) وابن أبى شيبة فى «المصنف» من كتاب «الديات» باب «الرجل يأمر الرجل فيقتل الآخر» (٦/ ٧/ ٤٠٦).

ثم آخر فقال شريح: يدفع إلى الأول إلا أن يفديه مولاه ثم يدفع إلى الثانى ثم يدفع إلى الثالث إلا أن يفديه الأوسط.

ولنا: أنهم تساووا فى سبب تعلق الحق به فتساووا فى الاستحقاق كما لو جنى عليهم دفعة واحدة بل لو قدم بعضهم كان الأول أولى، لأن حقه أسبق، ولا يصح القياس على الملك فإن حق المجنى عليه أقوى بدليل أنهم لو وجدوا دفعة واحدة قدم لحق المجنى عليه، ولأن حق المجنى عليه ثبت بغير رضا صاحبه عوضًا وحق المالك ثبت برضاه أو بغير عوض فافترقا.

فصل: وإن أعتق السيد عبده الجانى عتق وضمن ما تعلق به من الأرش، لأنه أتلف محل الجناية على من تعلق حقه به فلزمه غرامته كما لو قتله، وينبنى قدر الضمان على الروايتين فيما إذا اختار إمساكه بعد الجناية، لأنه امتنع من تسليمه بإعتاقه فهو بمنزلة امتناعه من تسليمه باختيار فدائه، ونقل ابن منصور عن أحمد أنه إن أعتقه عالمًا بجنايته فعليه الدية يعنى: دية المقتول، وإن لم يكن عالمًا بجنايته فعليه قيمة العبد، وذلك لأنه إذا أعتقه مع العلم كان مختاراً لفدائه بخلاف ما إذا لم يعلم فإنه لم يختر الفداء لعدم علمه به فلم يلزمه أكثر من قيمة ما فوته.

أحدهما: أن ديته بكمالها على الثانى، لأنه المباشر لجذبه فسقط فعل غيره بفعله.

والثانى: أن على عاقلته نصفها ويسقط النصف الثانى فى مقابلة فعله فى نفسه.

فصل: وإن وقع بعضهم على بعض فماتوا نظرت فإن كان موتهم بغير وقوع بعضهم على بعض مثل أن يكون البئر عميقًا يموت الواقع فيه بنفس الوقوع أو كان فيه ما يغرق الواقع فيقتله أو أسد يأكلهم فليس على بعضهم ضمان بعض لعدم تأثير فعل بعضهم فى هلاك بعض، وإن شككنا فى ذلك لم يضمن بعضهم بعضا، لأن الأصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك، وإن كان موتهم بوقوع بعضهم على بعض فدم الرابع هدر، لأن غيره لم يفعل فيه شيئًا، وإنما هلك بفعله، وعليه دية الثالث، لأنه قتله بوقوعه عليه، ودية الثانى عليه وعلى الثالث نصفين ودية الأول على الثلاثة أثلاثًا.

20- مسألة: (وإن خر رجل فى زبية أسد فجذب آخر وجذب الثانى ثالثًا وجذب الثالث رابعًا فقتلهم الأسد فالقياس أن دم الأول هدر وعلى عاقلته دية الثانى، وعلى عاقلة الثانى دية الثالث، وعلى عاقلة الثالث دية الرابع، وفيه وجه آخر أن دية الثالث على عاقلة الأول والثانى نصفين، ودية الرابع على عاقلة الثلاثة أثلاثًا) .

الحكم فى هذه المسألة أنه لا شىء على الرابع، لأنه لم يفعل شيئًا وديته على عاقلة الثالث فى أحد الوجهين وفى الثانى على عواقل الثلاثة أثلاثًا، ودم الأول هدر، وعلى عاقلته دية الثانى، وأما دية الثالث فعلى الثانى فى أحد الوجهين، وفى الآخر على الأول والثانى

فـصـل: فإن باعه أو وهبه صح بيعه لما ذكرنا فى البيع ولم يزل تعلق الجناية عن رقبته، فإن كان المـشترى عالمـًا بحاله فلا خيار له، لأنه دخـل على بصيرة وينتقل الخـيار فى فدائه وتسليمه إليه كالسيد الأول، وإن لم يعلم فله الخيار بين إمساكه ورده كسائر المبيعات.

١٤٦٦- **مـسـألة:** قال: **(والعاقلة العمومة وأولادهم وإن سلفوا فى إحدى الروايتين عن أبى عبد الله، والرواية الأخرى الأب والابن والإخوة وكل العصبة من العاقلة)**.

العاقلة من يحمل العقل والعقل الدية تسمى عقلاً، لأنها تعقل لسان ولى المقتول، وقيل: إنما سميت العاقلة، لأنهم يمنعون عن القاتل والعقل المنع ولهذا سمى بعض العلوم عقلاً لأنه يمنع من الإقدام على المضار، ولا خلاف بين أهل العلم فى أن العـاقلة العصبات وأن غيرهم من الإخوة من الأم وسائر ذوى الأرحام والزوج وكل من عدا العصبات ليسوا هم من العاقلة، واختلف فى الآباء والبنين هل هم من العاقلة أو لا، وعن أحمد فى ذلك روايتان: **إحداهـما:** أن كل العصبة من العاقلة يدخل فيه آباء القاتل وأبناؤه وإخوته وعمومته وأبناؤهم، وهذا اختيار أبى بكر والشريف أبى جعفر وهو مذهب مالك وأبى حنيفة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قضى رسول الله ﷺ أن عقل المرأة بين عصبتها من كانوا لا يرثون منها شيئًا إلا ما فضل عن ورثتـها، وإن قتلت فعقلهـا بين ورثتها، رواه أبو داود[٤٤]، ولأنهم عـصبـة

نصفين هذه تسمى مسألة الزبية، وقد روى حنـش الصنعانى أن قومًا من أهل اليمن حفروا زبية للأسد فاجتمع الناس على رأسـها فهوى فيها واحد فجذب ثانيًـا وجذب الثانى ثالثًا ثم جذب الثالث رابعًا فقتلهم الأسد فـرفع ذلك إلى على ﷺ فقال: للأول ربع الدية، لأنه هلك فوقه ثلاثة وللثانى ثلث الدية، لأنه هلك فوقه اثنان، وللثالث نصف الدية، لأنه هلك فوقه واحد، وللرابع كمال الدية، وقـال: فإنى أجعل الدية على من حضر رأس البـئر فرفع ذلك إلى النبى ﷺ فقال: هو كـما قال[2]: رواه سعيد بن منصور ثـنا أبو عوانة وأبو الأحوص عن سماك ابن حرب عن أنس بنـحو هذ المعنى قـال أبو الخطاب: فذهب أحمـد إلى ذلك توقيـفًا على خلاف القياس، وقـد ذكر بعض أهل العلم أن هذا الحديث لا يثبتـه أهل النقل، وأنه ضعيف والقياس ما قلناه فلا ينتقل عنه إلى ما لا يدرى ثبوته ولا معناه.

21- **مـسـألة:** **(ومن اضطر إلى طعام إنسان أو شرابه وليس به مـثل ضرورته فمنعه حتى مات ضمنه نص عليه)**.

وجـملة ذلك: أن من أخذ طعام إنسان أو شرابه فى بَرِيَّـة أو مكان لا يقدر فيه على طعام وشراب فهلك بذلك أو هلكت بهيمته فعليه ضمان ما تلف به، لأنه سبب هلاكه، وكذلك إن

---

(٤٤) أخرجـه أبو داود فى «الديات» (٤/ ح٤٥٦٤) والنسائى فى «القـسامة» (٨/ ح٤٨١٥) وابن مـاجه فى «الديات» (٢/ ح٢٦٤٧) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٢٢٤) وإسناده حسن.

(2) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٥٧٣) وقال أحمد شاكر: إسناده صحيح.

فأشبهوا الإخوة، يحققه أن العقل موضوع على التناصر وهم من أهله، ولأن العصبة فى تحمل العقل كهم فى الميراث فى تقديم الأقرب فالأقرب وآباؤه وأبناؤه أحق العصبات بميراثه فكانوا أولى بتحمل عقله، والرواية الثانية: ليس آباؤه وأبناؤه من العاقلة، وهو قول الشافعى لما روى أبو هريرة قال: اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى فقتلتها فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم، متفق عليه(٤٥)، وفى رواية ثم ماتت القاتلة فجعل النبى ﷺ ميراثها لبنيها والعقل على العصبة(٤٦)، رواه أبو داود والنسائى، وفى رواية عن جابر بن عبد الله قال: فجعل رسول الله ﷺ دية المقتولة على عاقلتها وبرأ زوجها وولدها قال: فقالت عاقلة المقتولة: ميراثها لنا فقال رسول الله ﷺ: «ميراثها لزوجها وولدها» رواه أبو داود(٤٧).

إذا ثبت هذا فى الأولاد قسنا عليه الوالد، لأنه فى معناه، ولأن مال ولده ووالده كماله ولهذا لم تقبل شهادتهما له ولا شهادته لهما ووجب على كل واحد منهما الإنفاق على الآخر إذا كان محتاجًا والآخر موسرًا وعتق عليه إذا ملكه فلا تجب فى ماله دية كما لم يجب فى مال القاتل، وظاهر كلام الخرقى أن فى الإخوة روايتين كالولد والوالد، وغيره من أصحابنا يجعلونهم من العاقبة بكل حال ولا أعلم فيه عن غيرهم خلافًا.

اضطر إلى طعام وشراب لغيره فطلبه منه فمنعه إياه مع غناه عنه فى تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك، ولأنه إذا اضطر فصار أحق به ممن هو فى يده وله أخذه قهرًا، فإذا منعه إياه تسبب إلى هلاكه بمنعه ما يستحقه، فلزمه ضمانه كما لو أخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك، وظاهر كلام أحمد أن الدية فى ماله، لأنه تعمد هذا الفعل الذى يقتل مثله غالبًا وقال القاضى: يكون على عاقلته، لأن هذا لا يوجب القصاص فيكون شبه عمد، وإن لم يطلبه منه لم يضمنه، لأنه لم يمنعه ولم يوجد منه فعل تسبب به إلى هلاكه، وخرج عليه أبو الخطاب كل من أمكنه إنجاء إنسان من مهلكة فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك أنه يجب عليه ضمانه قياسًا على ما إذا طلب الطعام فمنعه إياه مع غناه عنه حتى هلك.

ولنا: أن هذا لم يهلكه ولم يكن سببًا فى هلاكه فلا يضمنه كما لو لم يعلم بحاله، وقياس هذا على المسألة التى ذكرها غير صحيح، لأنه فى الأولى منعه منعًا كان سببًا فى هلاكه فيضمنه بفعله الذى تعدى به وههنا لم يفعل شيئًا يكون سببًا.

---

(٤٥) تقدم برقم (٤١) مسألة رقم (١٤٥٥).

(٤٦) أخرجه أبو داود فى «الديات» (٤/ ٤٥٦٩) وابن ماجه فى «السنن» (٢/ ٢٦٤٨) بلفظ: «لا ميراثها لزوجها وولدها» وإسناده صحيح.

(٤٧) انظر ما تقدم فى الحديث السابق.

فصل: فإن كـان الولد ابن ابن عم أو كان الوالد والد[٤٨]، مولى أو عصبـة مولى فإنه يعقل فى ظاهر كلام أحمد، قاله القاضى، وقال أصحاب الشافعى: ولا يعقل لأنه والد أو ولد فلم يعقل كما لو لم يكن كذلك.

ولنا: أنه ابن ابن عم أو مـولى فيـعقل كـما لو لم يكن ولدًا، وذلك لأن هذه القـرابة أو الولاء سبب يستقل بالحكم منفردًا، فإذا وجد مع مـا لا يثبت به الحكم أثبته كما لو وجد مع الرحم المجرد، ولأنه يثبت حكمه مع القرابة الأخرى بدليل أنه يـلى نكاحها مع أن الابن لا يلى النكاح عندهم.

فصل: وسائر العصبات من العاقلة بعدوا أو قـربوا من النسب والمولى وعصبته ومولى المولى وعصبته وغيرهم وبهذا قال عمـر بن عبد العزيز والنخعى وحماد ومالك والشافعى ولا أعلم عن غـيرهم خـلافهم، وذلك لأنهم عـصبـة يرثون المال إذا لم يكن وارث أقـرب منهم فيدخلون فى العـقل كالقريب ولا يعتبر أن يكونوا وارثين فى الحـال بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا، لأن النبى ﷺ قضى بالدية بين عصـبة المرأة من كانوا لا يرثون منها إلا ما فضل عن ورثتها، ولأن الموالى من العصبات فأشبهوا المناسبين.

فصل: ولا يدخل فى العقل من ليس بعـصبة ولا يعقل المولـى من أسفل وبه قال أبو

22- مسألة: (وإن أفزع إنسانًا فأحدث بغائط ثلث ديته وعنه لا شىء عليه).

وجـملة ذلك: أنه إذا ضرب إنسانًا حتى أحدث فإن عثمان رضي الله عنه قضى فيه بثلث الدية قال أحمد: لا أعرف شيـئًا يدفعه وبه قال إسحاق وعنه لا شىء عليه وهو قـول أبى حنيفة ومالك والشافعى: لأن الدية إنمـا تجب لإتلاف منفعة أو عضو أو إزالة جـمال وليس هـهنا شىء من ذلك وهذا هو القياس، وإنما ذهب من ذهب إلى إيجاب الثلث لقضـية عثمان، لأنها فى مظنة الشهرة ولم ينقل خلافهما فيكون إجماعًا، ولأن قضاء الصحابى فيما يخالف القياس يدل على أنه توقيف وسـواء كان الحدث ببـول أو غائط أو ريح قاله القـاضى، وكذلك الحكم فيـما إذا أنزعه حـتى أحدث والأولى إن شاء الله التـفريق بين الريح وغـيرها إن كان قـضاء عثـمان فى الغائط والبول، لأن ذلك أفحش فلا يقاس عليه.

فصل: إذا أكره رجلاً على قتل إنسان فقتله فصـار الأمر إلى الدية فهى عليهما، لأنهما كالشـريكين ولو أكره رجل امـرأة على الزنا فحـملت وماتت من الولادة ضـمنها لأنهـا ماتت بسبب فعله وتحمله العاقلة إلا أن لا يثبت ذلك إلا باعـترافه فتكون الدية عليه، لأن العاقلة لا تحمل اعترافًا ولذلك إن شهد شاهدان على رجل بقتل عمد فقتل ثم رجعا عن الشهادة لزمهما الضمان كـالشريكين فى الفعل ويكون الضمان فـى مالهما لا تحمله العـاقلة، لأنها لا تحمل الاعتراف وهذا ثبت باعترافهما.

---

(٤٨) وفى نسخة: أو كان الولد أو الوالد.

حنيفة وأصحاب مالك، وقال الشافعي في أحد قوليه: يعقل، لأنهما شخصان يعقل أحدهما صاحبه فيعقل الآخر عنه كالأخوين.

ولنا: أنه ليس بعصبة له ولا وارث فلم يعقل عنه كالأجنبي، وما ذكروه يبطل بالذكر مع الأنثى والكبير مع الصغير والعاقل مع المجنون.

فصل: ولا يعقل مولى الموالاة وهو الذي يوالي رجلاً يجعل له ولاءه ونصرته، ولا الحليف وهو الرجل يحالف الآخر على أن يتناصرا على دفع الظلم ويتضافرا على من قصدهما أو قصد أحدهما ولا العديد وهو الذي لا عشيرة له ينضم إلى عشيرة فيعد نفسه معهم وبهذا قال الشافعي: وقال أبو حنيفة: يعقل مولى الموالاة ويرث، وقال مالك: إذا كان الرجل في غير عشيرته فعقله على القوم الذي هو معهم.

ولنا: أنه معنى يتعلق بالعصبة فلا يستحق بذلك كولاية النكاح.

فصل: ولا مدخل لأهل الديوان في المعاقلة، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يتحملون جميع الدية فإن عدموا فالأقارب حينئذ يعقلون، لأن عمر رضي الله عنه جعل الدية على أهل الديوان في الأعطية في ثلاث سنين(٤٩).

ولنا: أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على العاقلة(٥٠)، ولأنه معنى لا يستحق به الميراث

فصل: إذا قتل رجلاً وادعى أنه كان عبداً أو ألقى عليه حائطًا وادعى أنه كان ميتًا وأنكر وليه فالقول قول الولي مع يمينه وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر: القول قول الجاني، لأن الأصل براءة ذمته وما ادعاه محتمل فلا يزول عن اليقين بالشك.

ولنا: أن الأصل حياة المجني عليه وحريته فيجب الحكم ببقائه كما لو قتل مسلمًا وادعى أنه ارتد قبل قتله، وبهذا يبطل ما ذكره، وإن قطع عضواً وادعى شلله أو قلع عينًا وادعى عماها وأنكر المجني عليه، فالقول قوله، لأن الأصل السلامة وهكذا لو قطع ساعداً وادعى أنه لم يكن عليه أو ساقًا وادعى أنه لم يكن لها قدم، وقال القاضي: إن اتفقا على أنه كان بصيراً فالقول قول المجني عليه وإلا فالقول قول الجاني وهذا مذهب الشافعي، لأن هذا مما يتعذر إقامة البينة عليه فإنه لا يخفى على أهله وجيرانه ومعامليه وصفة أداء الشهادة عليه أنه كان يتبع الشخص بصره ويتوقى ما يتوقاه البصير ويتجنب البئر وأشباهه في طريقه ويعدل في العطفات خلف من يطلبه.

ولنا: أن الأصل السلامة فكان القول قول من يدعيها كما لو اختلفا في إسلام المقتول في

---

(٤٩) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٩/ ٤٢٠/ ١٧٨٥٨) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ١٠٩) بنحوه، وابن أبي شيبة في «المصنف» من كتاب «الديات» باب «الدية في كم تورث» (٦/ ١/ ٣٥٩) من طريق الشعبي أن عمر... فذكر وإسناده منقطع.

(٥٠) وفي نسخة: على عصبة القاتلة.

فلم يجب العقل كالجوار واتفاق المذاهب وقـضاء النبى ﷺ أولى من قضاء عمر، على أنه إن صح ما ذكر عنه فيحتمل أنهم كانوا عشيرة القاتل.

فـصـل: ويشترك فى العقل الحاضر والغائب، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك: يختص به الحاضر، لأن التـحمل بالنصرة، وإنما هى بين الحـاضرين، ولأن فى قسمتـه على الجميع مشقة، وعن الشافعى كالمذهبين.

ولنا: الخبر، وأنهم استووا فى التعصيب والإرث فـاستووا فى تحمل العقل كالحاضرين، ولأنه معنى يتعلق بالتعصيب فاستوى فيه الحاضر والغائب كالميراث والولاية.

فـصـل: ويبدأ فى قسمته بين العاقلة بالأقرب فالأقرب يقسم على الإخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم ثم أعمام الأب ثم بنيهم ثم أعمام الجد ثم بنيهم كذلك أبدًا حتى إذا انقرض المناسبون فعلى المولى المعتق ثم على عصباته ثم على مـولى المولى ثم على عصباته الأقرب فالأقرب كالميـراث سواء، وإن قلنا: للآباء والأبناء من العاقلة بدئ بهم، لأنهم أقـرب، ومتى اتسعت أموال قوم للعقل لم يعدهم إلى من بعدهم لأنه حق يستحق بالتعصيب فيقدم الأقرب فالأقرب كالميرات وولاية النكاح، وهل يقدم من يدلى بالأبوين على من يدلى بالأب؟ على وجهين:

دار الإسلام وفى حياته، قولهم: لا يـتعذر إقامة البينة عليه قلنا: وكذلك لا يتـعذر إقامة البينة على ما يدعـيه الجانى فـإيجابها عليه أولـى من إيجابها على من يشـهد له الأصل، ثم البطل بسائر المواضع التى سلموها، فإن قالوا هـهنا: ما يثبت أن الأصل وجود البصر، قلنا: الظاهر يقوم مقام الواصل، ولهذا رجحنا قول من يدعى حريته وإسلامه.

فـصـل: ومن أدب ولده أو امرأته فى النشوز أو المعلم صبيه أو السلطان رعيته ولم يسرف فأفضى إلى تلفه لم يضمنه، لأنه أدب مأذون فيه شرعًا فلم يضمن ما تلف به كالحد والتعزير.

23- مـسـألة: (ويتخرج وجوب الضمان على مـا قاله فيما إذا أرسل السلطان إلى امرأة ليحضرها فأجهضت جنينًا أو ماتت فعلى عاقلته الدية).

وجـملة ذلك: أن السلطان إذا بعث إلى امرأة ليحضرها فأسـقطت جنينًا فمات ضمنه لما روى أن عمر ﷺ بعث إلى امرأة مغـيَّبة كان يدخل عليها فقالت: يا ويلها ما لهـا ولعمر فبينا هى فى الطريق إذ فزعت فضربهـا الطلق فألقت ولدًا فصاح الصبى صيحتين ثم مـات فاستشار عمر أصحاب النبى ﷺ فأشار بعضهم أن ليس عليك شىء، إنما أنت وال ومؤدب وصمت على فأقبـل عليه عمر فقـال: ما تقول يا أبا الحسن فـقال: إن كانوا قالوا برأيهـم فقد أخطأوا رأيهم وإن كانوا قـالوا فى هواك فلم ينصحوا لك أن ديتـه عليك، لأنك أفزعتهـا فألقته فـقال عمر: أقسـمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمـها على قومك(3)، ولو فزعـت المرأة فمـاتت

---

(3) أخرجـه عبـد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ح١٨٠١٠) من طريق مطر الوراق عن الحـسن. . . به ومطر الوراق كثير الخطأ صدوق، والحسن لم يدرك عمر حيث إنه ولد لسنتين بقيتا من خلافته.

أحدهما: يقدم لأنه يقدم فى الميراث فقدم فى العقل كتقديم الأخ على ابنه والثانى: يستويان، لأن ذلك يستفاد بالتعصيب ولا أثر للأم فى التعصيب، والأول أولى إن شاء الله تعالى، لأن قرابة الأم تؤثر فى الترجيح والتقديم وقوة التعصيب لاجتماع القرابتين على وجه لا تنفرد كل واحدة بحكم، وذلك لأن القرابتين تنقسم إلى ما تنفرد كل واحدة منهما بحكم كابن العم إن كان أخاه من أم فإنه يرث بكل واحدة من القرابتين ميراثًا منفردًا يرث السدس بالأخوة ويرث بالتعصيب ببنوة العم، وحجب إحدى القرابتين لا يؤثر فى حجب الأخرى، فهذا لا يؤثر فى قوة ولا ترجيح، ولذلك لا يقدم ابن العم الذى هو أخ من أم على غيره، وما لا ينفرد كل واحد منهما بحكم كابن العم من أبوين مع ابن عم من أب لا تنفرد إحدى القرابتين بميراث عن الأخرى فتؤثر فى الترجيح وقوة التعصيب، ولذلك أثرت فى التقديم فى الميراث فكذلك فى غيره وبما ذكرناه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: يسوى بين القريب والبعيد ويقسم على جميعهم، لأن النبى ﷺ جعل دية المقتولة على عصبة القاتلة.

ولنا: أنه حكم تعلق بالتعصيب فوجب أن يقدم فيه الأقرب فالأقرب كالميراث والخبر لا حجة فيه لأننا نقسمه على الجماعة إذا لم يف به الأقرب فنحمله على ذلك.

فصل: ولا يحمل العقل إلا من يعرف نسبه من القاتل أو يعلم أنه من قوم يدخلون كلهم فى العقل، ومن لا يعرف ذلك منه لا يحمل، وإن كان من قبيلته فلو كان القاتل قرشيًا لم يلزم قريشًا كلهم التحمل فإن قريشًا، وإن كانوا كلهم يرجعون إلى أب واحد إلا أن قبائلهم تفرقت وصار كل قوم ينتسبون إلى أب يتميزون به فيعقل عنهم من يشاركهم فى نسبهم إلى الأب الأدنى، ألا ترى أن الناس كلهم بنو آدم، فهم راجعون إلى أب واحد؟ لكن إن كان من فخذ واحد يعلم أن جميعهم يتحملون وجب أن يحمل جميعهم سواء عرف أحدهم نسبه أو لم يعرف للعلم بأنه متحمل على أى وجه كان، وإن لم يثبت نسب القاتل من أحد فالدية فى بيت

وجبت ديتها أيضًا ووافق الشافعى فى ضمان الجنين وقال: لا تضمن المرأة، لأن ذلك ليس بسبب لهلاكها فى العادة.

ولنا: أنها نفس هلكت بإرساله إليها فضمنها كجنينها أو نفس هلكت بسببه فغرمها كما لو ضربها فماتت، قوله: أنه ليس بسبب عادة قلنا: إذا كانت حاملاً فهو سبب للإسقاط والإسقاط سبب للهلاك ثم لا يعتبر فى الضمان كونه سببًا معتادًا فإن الضربة والضربتين بالسوط ليست سببًا للهلاك فى العادة ومتى أفضت إليه وجب الضمان، وإن استعدى إنسان على امرأة فألقت جنينها أو ماتت فزعًا فعلى عاقلة المستعدى الضمان إن كان ظالمًا لها، وإن كانت هى الظالمة فأحضرها عند الحاكم فينبغى أن لا يضمنها، لأنها سبب إحضارها بظلمها فلا يضمنها غيرها، ولأنه استوفى حقه فلم يضمن ما تلف به كالقصاص ولكن يضمن جنينها، لأنه تلف بفعله فأشبه ما لو اقتص منها.

المال، لأن المسلمـين يرثونه إذا لم يكن له وارث بمعنى أنه يؤخذ ميـراثه لبيت المال فكذلك يعقلونه على هذا الوجه، وإن وجد له من يحمل بعض العقل فالباقى فى بيت المال كذلك.

فصل: ولا خلاف بين أهل العلم فى أن العاقلة لا تكلف من المال ما يجحف بها ويشق عليها، لأنه لازم لها من غير جنايتها على سبيل المواساة للقاتل والتخفيف عنه فلا يخفف عن الجانى بما يثقل على غيره ويجحف به كالزكـاة، ولأنه لو كان الإجحاف مشروعًا كان الجانى أحق به، لأنه موجب جنايته وجزاء فعله فإذا لم يشـرع فى حقه ففى حق غيره أولى، واختلف أهل العلم فيما يحـمله كل واحد منهم فقال أحمد: يحملون على قدر مـا يطيقون، فعلى هذا لا يتقدر شرعًا وإنما يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم فيفرض على كل واحد قدرًا يسهل ولا يؤذى وهذا مذهب مالك، لأن التـقدير لا يثبت إلا بتوقيف ولا يثـبت بالرأى والتحكم ولا نص فى هذه المسألة فوجب الرجوع فيها إلى اجتهاد الحاكم كمقادير النفقات وعن أحمد رواية أخرى: أنه يفرض على الموسر نصف مثقال، لأنه أقل مال يتـقدر فى الزكاة فكان معتبرًا بها، ويجب على المتـوسط ربع مثقال، لأن مـا دون ذلك تافه لكون اليد لا تقطع فـيه وقد قالت عـائشة ﵂: لا تقطع اليد فى الشيء التافه وما دون ربع دينار لا قطع فيه(٥١) وهذا اختيار أبى بكر ومذهب الشافعى، وقال أبو حنيفة: أكثر ما يجعل على الواحد أربعة دراهم وليس لأقله حد، لأن ذلك مال يجب على سـبيل المواسـاة للقرابة فلم يتقدر أقـله كالنفقة، قـال: ويسوى بين الغنى والمتوسط لذلك، والصحيح الأول لما ذكرنا من أن التـقدير إنما يصار إليه بتوقيف ولا

24- مــسـألة: (وإن سلم ولده إلى السابح ليعـلمه فغرق لم يضمنه ويحـتمل أن تضمنه العاقلة).

أما إذا سلم ولده الصغير إلى السابح ليعلمه السبـاحة فغرق فالضمان على عاقلة السابح، لأنه سلمه إليه ليحـتاط فى حفظه فإذا غرق نسب إلى التفريط فى حفظة وقـال القاضى: قياس المذهب أنه لا يضمنه، لأنه فعـل ما جرت العادة به لمصلحته فلم يضـمن ما تلف به كما إذا ضرب المعلم الصبى ضـربًا معتادًا فتلف به، فأما الكبـير إذا غرق فليس على السابح شيء إذا لم يفرط لأن الكبير فى يد نفسه لا ينسب التفريط فى هلاكه إلى غيره.

25- مسألة: (وإن أمر إنسانًا أن ينزل بئرًا أو يصعد شجرة فهلك بذلك لم يضمنه).

لأنه لم يجن ولم يتـعد فأشـبه ما لـو أذن له ولم يأمره إلا أن يكون الآمر السـلطان فهل يضمنه؟ على وجهين.

أحدهما: لا يضمنه كغيره، والثاني: يضمنه، لأنه يخاف منه إذا خالفه وهو مأمور بطاعته إلا أن يكون المأمور صغيرًا لا يميز لأنه تسبب إلى إتلافه.

(٥١) أخرجـه عبـد الرزاق فى «المصنف» (١٠/ ٢٣٤، ٢٣٥) والبـيهقى فى «السنـن الكبرى» (٨/ ٢٥٥، ٢٥٦) من قول عروة بن الزبير كما بين البيهقى.

توقيف فيه وإنه يختلف بالغنى والمتوسط كالزكاة، والنفقة ولا يختلف بالقرب والبعد كذلك واختلف القائلون بالتقدير بنصف دينار وربعه، قال بعضهم: يتكرر الواجب فى الأعوام الثلاثة فيكون الواجب فيها على الغنى ديناراً ونصفًا وعلى المتوسط ثلاث أرباع دينار، لأنه حق يتعلق بالحول على سبيل المواساة فيتكرر بتكرر الحول كالزكاة وقال بعضهم: لا يتكرر، لأن فى إيجاب زيادة على النصف إيجابًا لزيادة على أقل الزكاة فيكون مضراً ويعتبر الغنى والتوسط عند رأس الحول، لأنه حال الوجوب فاعتبر الحال عنده كالزكاة وإن اجتمع من عدد العاقلة فى درجة واحدة عدد كثير قسم الواجب على جميعهم فيلزم الحاكم كل إنسان على حسب ما يراه، وإن قل، وعلى الوجه الآخر يجعل على المتوسط نصف ما على الغنى ويعم بذلك جميعهم وهذا أحد قولى الشافعى، وقال فى الآخر: يخص الحاكم من شاء منهم فيفرض عليهم هذا القدر الواجب لئلا ينقص عن القدر الواجب ويصير إلى الشىء التافه، ولأنه يشق فربما أصاب كل واحد قيراط فيشق جمعه.

ولنا: أنهم استووا فى القرابة فكانوا سواء كما لو قلوا: وكالميراث وأما التعلق بمشقة الجمع فغير صحيح، لأن مشقة زيادة الواجب أعظم من مشقة الجمع ثم هذا تعلق بالحكمة من غير أصل يشهد لها فلا يترك لها الدليل ثم هى معارضة بخفة الواجب على كل واحد وسهولة الواجب عليهم ثم لا يخلو من أن يخص الحاكم بعضهم بالاجتهاد أو بغير اجتهاد فمن خصه بالاجتهاد فعليه فيه مشقة وربما لم يحصل له معرفة الأولى منهم بذلك فيتعذر الإيجاب، وإن خصه بالتحكم أفضى إلى أنه يخير بين أن يوجب على إنسان شيئًا بشهوته من غير دليل وبين أن لا يوجب عليه ولا نظير له وربما ارتشى من بعضهم وربما امتنع من فرض عليه شىء من أدائه لكونه يرى مثله لا يؤدى شيئًا مع التساوى من كل الوجوه.

فصل: ومن مات من العاقلة أو افتقر أو جن قبل الحول لم يلزمه شىء لا نعلم فى هذا خلافًا، لأنه مال يجب فى آخر الحول على سبيل المواساة فأشبه الزكاة، وإن وجد ذلك بعد

26- مسألة: **(وإن وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجراً فرمته الريح على إنسان فقتله أو شىء أتلفه لم يضمنه).**

لأن ذلك بغير فعله ووضعه ذلك كان فى ملكه، ويحتمل أن يضمن إذا وضعها متطرفة، لأنه تسبب إلى إلقائها وتعدى بوضعها فأشبه ما لو بنى حائطًا مائلاً.

27- مسألة: **(وإن أخرج جناحًا إلى الطريق أو ميزابًا فسقط على إنسان فأتلفه ضمنه).**

لأن إخراج الجناح إلى الطريق غير جائز، لأنه تصرف فى غير ملكه إذا كان الطريق نافذًا أو غير نافذ ولم يأذن فيه أصحابه إذا سقط على شىء فأتلفه ضمنه، لأنه تلف بعدوانه فضمنه، كما لو وضع البناء على أرض الطريق وكذلك الحكم فى الميزاب وفى ذلك اختلاف وتفصيل ذكرناه فى الغصب والله أعلم.

الحول لم يسقط الواجب وبهـذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة: يسـقط بالموت، لأنه خرج من أهلية الوجوب فاشبه ما لو مات قبل الحول.

ولنا: أنه حق تدخله النيـابة لا يملك إسـقاطه فى حـياته فـأشبه الـديون وفارق ما قـبل الحول، لأنه لم يجب ولم يستـمر الشرط إلى حين الوجوب، فـأما إن كان فقيـرًا حال القتل فـاستـغنى عند الحول فـقال القـاضى: يجب عليـه، لأنه وجد وقت الوجـوب وهو من أهله ويخرج على هذا من كان صبيًا فبلغ أو مجنونًا فأفاق عند الحول وجب عليـه كذلك ويحتمل أن لا يجب، لأنه لم يكن من أهل الوجـوب حالة السبب فلم يثـبت الحكم فيه حـالة الشرط كالكافر إذا ملك مالاً ثم أسلم عند الحول لم تلزمه الزكاة فيه.

١٤٦٧- **مسألة:** قال: **(وليس على فقير من العاقلة ولا امرأة ولا صبى ولا زائل العقل حمل شىء من الدية)**.

أكثر أهل العلم على أنه لا مدخل لأحد من هؤلاء فى تحمل العقل قال ابن المنذر(٥٢): أجمع كل من نحـفظ عنه من أهل العلم على أن المـرأة والصبى الذى لم يبلغ لا يعـقلان مع العاقلة وأجمـعوا على أن الفقير لا يلـزمه شىء وهذا قول مالك والشافـعى وأصحاب الرأى، وحكى بعض أصحابنا عن مالك وأبى حنيفة أن للفقـير مدخلاً فى التحمل وذكره أبو الخطاب رواية عن أحمد، لأنه من أهل الـنصرة فكان من العاقلة كالغنى والصـحيح الأول، لأن تحمل

باب مقادير ديات النفس

دية المسلم مائة من الإبل أو مائتا بقرة أو ألفـا شاة أو ألف مثقال أو اثنا عشر ألف درهم فهذه الخمس أصول فى الدية إذا أحضر من عليه الدية شيئًا منها لزم قبوله.

وجـملة ذلك: أنا إذا قلنا: إن هذه الخمس أصول فى الدية إذا أحـضر من عليه الدية من القاتل أو العاقلة شيئًا منها لزم الولى أخـذه ولم يكن له المطالبة بغيره سواء كان من أهل ذلك النوع أو لم يكن، لأنهـا أصول فى قضـاء الواجب يجزئ واحـد منها فكانت الخـيرة إلى من وجبت عليه كخصال الكفارة وشـاتى الجبران فى الزكاة مع الدراهم وكذلك الحكم فى الحال إذا قلنا أنها أصل.

فـصل: ولا نعلم خلافًا بين أهل العلم فى أن الإبل أصول فى الـدية، وأن دية الحر المسلم مـائة من الإبل وقد دلت عليه الأحاديث الواردة منهـا حديث عمرو بن حـزم وحديث عبد الله بن عمرو فى دية خطأ العمد وحديث ابن مسعود فى دية الخطأ وسنذكرها إن شاء الله تعالى.

العقل مواساة فلا يلزم الفقير كالزكاة، ولأنها وجبت على العاقلة تخفيفًا عن القاتل فلا يجوز التثقيل بها على من لا جناية منه وفى إيجابها على الفقير تثقيل عليه وتكليف له ما لا يقدر عليه، ولأننا أجمعنا على أنه لا يكلف أحد من العاقلة ما يشق عليه ويجحف به وتحميل الفقير شيئًا منها يثقل عليه ويجحف بماله وربما كان الواجب عليه جميع ماله أو أكثر منه أو لا يكون له شيء أصلاً، وأما الصبى والمجنون والمرأة فلا يحملون منها، لأن فيها معنى التناصر وليس هم من أهل النصرة.

فصل: ويعقل المريض إذا لم يبلغ حد الزمانة والشيخ إذا لم يبلغ حد الهرم، لأنهما من أهل النصرة والمواساة وفى الزمن والشيخ الفانى وجهان:

أحدهما: لا يعقلان، لأنهما ليسا من أهل النصرة ولهذا لا يجب عليهما الجهاد ولا يقتلان إذا كانا من أهل الحرب وكذلك يخرج فى الأعمى، لأنه مثلهما فى هذا المعنى.

والثانى: يعلقون، لأنهم من أهل المواساة ولهذا تجب عليهم الزكاة وهذا ينتقض بالصبى والمجنون ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كمذهبنا.

١٤٦٨- **مسألة:** قال: **(ومن لم يكن له عاقلة أخذ من بيت المال فإن لم يقدر على ذلك فليس على القاتل شيء)**.

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين: **أحدهما:** أن من لا عاقلة له هل يؤدى من بيت المال أو لا؟ فيه روايتان: **إحداهما:** يؤدى عنه وهو مذهب الزهرى والشافعى، لأن النبى ﷺ

قال القاضى: لا يختلف المذهب أن أصول الدية الإبل والذهب والورق والبقر والغنم فهذه خمسة لا يختلف المذهب فيها، وهذا قول عمر وعطاء وطاوس والفقهاء السبع، وبه قال الثورى وابن أبى ليلى وأبو يوسف، ومحمد بن عمرو بن حزم روى فى كتابه أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن: «وإن فى النفس المؤمنة مائة من الإبل وعلى أهل الورق ألف دينار»(1) رواه النسائى وروى ابن عباس أن رجلاً من بنى عدى قتل فجعل النبى ﷺ ديته اثنى عشر ألفًا، رواه أبو داود وابن ماجه(2)، وروى الشعبى أن عمر جعل على أهل الذهب ألف دينار، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قام خطيبًا فقال: ألا إن الإبل قد غلت قال: فقوم على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنى عشر ألفًا وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشاة ألفى شاة وعلى أهل الحلل مائتى حلة رواه أبو داود(3).

1- **مسألة:** **(وفى الحلل روايتان)**.

إحداهما: ليست أصلاً لقول النبى ﷺ: «ألا إنَّ فى قتيل عمد الخطأ قيل: السوط

---

(1) أخرجه النسائى فى «سننه» (٨/ ٤٨٦٨) والدارمى وإسناده صحيح.

(2) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٤/ ٤٥٤٦) وإسناده ضعيف، وقد تقدم.

(3) أخرجه أبو داود (٤/ ٤٥٤٢) وإسناده حسن.

ودى الأنصارى الذى قتل بخيـبر من بيت المال[٥٣] : وروى أن رجلاً قـتل فى زحام فى زمن عمر فلم يعرف قـاتله فقال على لعمر: يا أمير المؤمنين لا يطل دم امـرئ مسلم فأدى ديته من بيت المـــال[٥٤] ولأن المسلمين يرثون من لا وارث له فـيعقلون عند عدم عاقلته كـعصباته ومواليه.

والثانية: لا يجب ذلك، لأن بيت المال فيه حق للنساء والصبيان والمجانين والفقراء ومن لا عقل عليهم فلا يجـوز صرفه فيما لا يجب عليهم، ولأن العـقل على العصبات وليس بيت المال عصبة ولا هو كعـصبة هذا، فأما قتيل الأنصار فغيـر لازم، لأن ذلك قتيل اليهود وبيت المال لا يعقل عن الكفـار بحال، وإنما النبى ﷺ تفضل عليـهم وقولهم: إنهم يرثونه قلنا: ليس صرفه إلى بيت المـال ميراثًا بل هو فىء ولهذا يؤخـذ مال من لا وارث له من أهل الذمة إلى بيت المال ولا يرثه المـسلمون ثم لا يجب العقل على الوارث إذا لم يكن عـصبة ويجب على العصبة، وإن لم يكن وارثًا فعلى الرواية الأولى إذا لم يكن له عاقلة أديت الدية عنه كلها من بيت المال، وإن كان له عاقلة لا تحمل الجـميع أخذ الباقى من بيت المال وهل تؤدى من بيت المال فى دفعة واحدة أو فى ثلاث سنين؟ على وجهين: أحدهما: فى ثلاث سنين على حسب ما يؤخذ من العاقلة، والثاني: يؤدى دفعة واحدة وهذا أصح، لأن النبى ﷺ أدى دية الأنصارى دفعـة واحدة وكذلك عمـر، ولأن الدية بدل متلف لا تؤديه العاقلة فـيجب كله فى الحال كسائر بدل المتلفات وإنما أجل على العـاقلة تخفيفًا عنهم ولا حاجة إلى ذلك فى بيت المال ولهذا يؤدى الجميع.

والعصا مائة من الإبل»[4] والثانـية: أنها أصل لما ذكرنا من قول عمر حين قام خطيبًا فجعل على أهل الحلل مائتى حلة، رواه أبو داود، وهذا كان بمحضر من الصحابة فكان إجماعًا وكل حلة بردان.

2- مسألة: (وعن أحمد رحمه الله أن الإبل هى الأصل خاصة).

وهذا ظاهر كلام الخرقى وذكرها أبو الخطاب عن أحـمد وهو قول طاوس والشافعى وابن المنذر لقول النبى ﷺ : «ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط مائة من الإبل» ولأن النبى ﷺ فرق بين دية العمد والخطأ فغلظ بعضها وخفف بعضها ولا يتحقق هذا فى غير الإبل، ولأنه بدل متلف حقًا لآدمى فكان مـتعينًا كعوض الأموال وحديث ابن عـباس يحتمل أن النبى ﷺ أوجب الورق بدلاً عن الإبل، وإنما الخلاف فى كونها أصلاً وحديث عمرو بن شعيب

---

(٥٣) تقدم فى المسألة رقم (٢١) مسألة (١٤٦٣).

(٥٤) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (١٠/ ٥١) وابن أبـى شيبة فى «المصنف» (٦/ ٣/ ٤١٧) من كتاب «الديات» باب «الرجل يقتل فى الزحام».

(4) أخرجـه أحمد فى «مـسنده» (٤٥٨٣) وإسناده صحيح هو الراجح عند الشـيخ أحمد شـاكر وفصل فـيه القول.

الفصل الثانى: إذا لم يمكن الأخذ من بيت المال فليس على القاتل شىء وهذا أحد قولى الشافعى، لأن الدية لزمت العاقلة ابتداءً بدليل أنه لا يطالب بها غيرهم، ولا يعتبر تحملهم ولا رضاهم بها ولا تجب على غير من وجبت عليه كما لو عدم القاتل فإن الدية لا تجب على أحد كذا ههنا فعلى هذا إن وجد بعض العاقلة حملوا بقسطهم، وسقط الباقى فلا يجب على أحد ويتخرج أن تجب الدية على القاتل إذا تعذر حملها عنه، وهذا القول الثانى للشافعى لعموم قوله: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ (النساء: ٩٢) ولأن قضية الدليل وجوبها على الجانى جبرًا للمحل الذى فوته، وإنما سقط عن القاتل لقيام العاقلة مقامه فى جبر المحل، فإذا لم يؤخذ ذلك بقى واجبًا عليه بمقتضى الدليل، ولأن المراد دائر بين أن يطل دم المقتول وبين إيجاب ديته على المتلف لا يجوز الأول، لأن فيه مخالفة الكتاب والسنة وقياس أصول الشريعة فتعين الثانى، ولأن إهدار الدم المضمون لا نظير له وإيجاب الدية على قاتل الخطأ له نظائر، فإن المرتد لما لم يكن له عاقلة تجب الدية فى ماله، والذمى الذى لا عاقلة له تلزمه الدية ومن رمى سهمًا ثم أسلم، أو كان مسلمًا فارتد أو كان عليه الولاء لموالى أمه فانجر إلى موالى أبيه ثم أصاب بسهم إنسانًا فقتله كانت الدية فى ماله لتعذر حمل عاقلته عقله كذلك ههنا فنحرر منه قياسًا فنقول: قتيل معصوم فى دار الإسلام تعذر حمل عاقلته عقله فوجب على قاتله كهذه الصورة، وهذا أولى من إهدار دماء الأحرار فى أغلب الأحوال، فإنه لا يكاد يوجد عاقلة

يدل على أن الأصل الإبل، فإن إيجابه لهذه المذكورات على سبيل التقويم لغلاء الإبل ولو كانت أصولاً بنفسها لم يكن إيجابها تقويمًا للإبل، ولا كان لغلاء الإبل أثر فى ذلك ولا لذكره معنى، وقد روى أنه كان يقوم الإبل قبل أن تغلو بثمانية آلاف درهم ولذلك قيل: إن دية الذمى أربعة آلاف وديته نصف الدية فكان ذلك أربعة آلاف حين كانت الدية ثمانية آلاف.

فصل: إذا قلنا: إن الأصول خمسة: فإن قدرها ما ذكرنا فى المسألة فى أول الباب ولم يختلف القائلون بهذه الأصول فى قدرها من الذهب ولا من سائرها إلا الورق فإن الثورى وأبا حنيفة قالوا: قدرها من الورق عشرة آلاف، وحكى ذلك عن ابن شبرمة لما روى الشعبى أن عمر جعل على أهل الورق عشرة آلاف، ولأن الدينار معدول فى الشرع بعشرة دراهم بدليل أن نصاب الذهب عشرون مثقالاً ونصاب الفضة مائتا درهم[5]، وبما ذكرناه قال الحسن وعروة ومالك والشافعى فى قول، وروى ذلك عن عمر وعلى وابن عباس لما ذكرنا من حديث ابن عباس وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عمر، ولأن الدينار معدول باثنى عشر درهمًا بدليل أن عمر فرض الجزية على الغنى أربعة دنانير أو ثمانية وأربعين درهمًا وعلى المتوسط دينارين أو أربعة وعشرين درهمًا وعلى الفقير دينارين أو اثنى عشر درهمًا[6]، وهذا

---

(5) أخرجه ابن أبى شيبة فى «الديات» (٩/ ١٢٧).

(6) أخرجه البيهقى فى «السنن» (٩/ ١٩٦) مرسلاً.

تحمل الديـة كلها ولا سبـيل إلى الأخذ من بيت المـال فتضـيع الدماء ويفـوت حكم إيجاب الدية، وقولهم: إن الدية تجب على العاقلة ابتداء ممنوع، وإنما تجب على القاتل ثم تتحملها العاقلة عنه، وإن سلمنا وجـوبها عليهم ابتـداء، لكن مع وجودهم أماء مع عدمـهم فلا يمكن القول بوجوبهـا عليهم ثم ما ذكروه منقوض بما أبديناه مـن الصور فعلى هذا تجب الدية على القاتل إن تعذر حمل جميعها أو باقيها إن حملت العاقلة بعضها، والله أعلم.

١٤٦٩- **مسألة:** قال: **(ودية الحر الكتابى نصف دية الحر المسلم ونساؤهم على النصف من دياتهم).**

هذا ظاهر المذهب وهو مـذهب عمر بن عبد العـزيز وعروة ومالك وعمـرو بن شعيب، وعن أحمد أنهـا ثلث دية المسلم إلا أنه رجع عنها فإن صالحًـا روى عنه أنه قال: كنت أقول دية اليهـود والنصرانى أربعة آلاف، وأنا اليـوم أذهب إلى نصف دية المسلم حديث عـمرو بن شعيب وحديث عثمـان الذى يرويه الزهرى عن سالم عن أبيه، وهذا صريح فى الرجوع عنه، وروى عن عمر وعثمان أن ديته أربعة آلاف درهم، وبه قـال سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وعكرمة وعـمرو بن دينار والشافـعى وإسحاق وأبو ثـور لما روى عبادة بـن الصامت أن النبى ﷺ قال: «دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف أربعة آلاف»(٥٥) وروى عن عمر ﷺ جعل دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف ودية المجوسى ثمانمائة درهم(٥٦)، وقال علقمة ومجاهد

أولى مما ذكروه فى نصاب الزكاة، لأنه لا يلزم أن يكون نصاب أحدهما معدولاً بنصاب الآخر كما أن السـائمة من بهيمـة الأنعام ليس بنصاب شىء منها مـعدولاً بنصاب غيره قـال ابن عبد البـر: ليس فى جعل الدية عـشرة آلاف عن الـنبى ﷺ حديث مـرسل ولا مسند وحـديث الشعبى عن عمر يخالفه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه.

3- **مسألة: (وإذا قلنا: إن الإبل هى الأصل خـاصة فعلى من عليـه الدية تسليمـها إلى مستحقها سليمة من العيوب وأيهما أراد العدول عنها إلى غيرها فللآخر منعه).**

لأن الحق متعين فيـها فاستحقت كالمثل فى المتـلفات المتلفة، وإن أعوزت الإبل أو لم توجد إلا بأكثـر من ثمن المثل فله العدول إلى ألف دينار أو اثنى عـشر ألف درهم وهذا قول الشافـعى فى القديم، وقال فى الجـديد: تجب قيمة الإبل بالغـة ما بلغت لحديث عـمرو بن شعـيب عن عمر فى تقـويم الإبل، ولأن ما ضمن بـنوع من المال وجبت قـيمتـه عند تعذره كذوات الأمثال، ولأن الإبل إذا أجـزأت إذا قلت قيمتها فـينبغى أن تجب، وإن كثرت قـيمتها

---

(٥٥) قال ابن حجر فى التلخيص (٤/ ٢٩): لم أجده من حديث عبادة إلا فيما ذكر أبو إسحاق الإسفرائينى فى كتاب «أدب الجدل» له فإنه قال: رواه موسى بن عقـبة عن إسحاق بن يحيى بن عبادة به ثم ساق له طرقًا أخرى وضعفه.

(٥٦) تقدم برقم (١٠) فى المسألة رقم (١٤٦٠).

والشعبى والنخعى والثورى وأبو حنيفة: ديته كدية المسلم، وروى ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود ومعاوية ﷺ، وقال ابن عبد البر: هو قول سعيد بن المسيب والزهرى لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال: «دية اليهودى والنصرانى مثل دية المسلم»(٥٧) ولأن الله تعالى ذكر فى كتابه دية المسلم فقال: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ (النساء: ٩٢) وقال فى الذمى مثل ذلك، ولم يفرق فدل على أن ديتهما واحدة، ولأنه ذكر حر معصوم فتكمل ديته كالمسلم.

ولنا: ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ قال: «دية المعاهد نصف دية المسلم»(٥٨) وفى لفظ: أن النبى ﷺ قضى أن عقل الكتابى نصف عقل المسلم، رواه الإمام أحمد(٥٩)، وفى لفظ: دية المعاهد نصف دية الحر(*)، قال الخطابى: ليس فى دية أهل الكتاب شىء أثبت من هذا ولا بأس بإسناده، وقد قال به أحمد وقول رسول الله ﷺ أولى، ولأنه نقص مؤثر فى الدية فأثر فى تنصيفها كالأنوثة، وأما حديث عبادة فلم يذكره أهل السنن، والظاهر أنه ليس بصحيح(**)، وأما حديث عمر فإنما كان ذلك حين كانت الدية ثمانية آلاف فأوجب فيه نصفها أربعة آلاف، ودليل ذلك ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: كانت قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار وثمانية

كالدنانير إذا غلت أو رخصت وهكذا ينبغى أن يقول: إذا غلت الإبل كلها، فأما إن كانت الإبل موجودة بثمن مثلها إلا أن هذا لم يجدها لكونها فى غير بلده فإن عمر قوم الدية من الدراهم باثنى عشر ألفًا ومن الذهب ألف دينار.

4- مسألة: (فإن كان القتل عمدًا أو شبه عمد وجبت أرباعًا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون لبون بنت وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وعنه أنها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة فى بطونها أولادها).

اختلفت الرواية عن أحمد فى مقدارها فروى جماعة عن أحمد أنها أرباع وكذلك ذكره الخرقى وهو قول الزهرى وربيعة ومالك وسليمان بن يسار وأبى حنيفة وروى ذلك عن ابن

---

(٥٧) أخرجه الدارقطنى فى السنن (٣/ ١٤٥) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ١٠٢) من طرق، وكلها ضعيفة جدًا، وعبد الرزاق فى «المصنف» (١٠/ ٩٧) وإسناده ضعيف جدًا. قال الدارقطنى: عثمان هو الوقاص وهو متروك.

(٥٨) رواه الطبرانى فى الأوسط كما قال الهيثمى فى «المجمع» (٦/ ٢٩٩) وفيه جماعة لم أعرفهم.

(٥٩) أخرجه النسائى فى «القسامة» (٨/ ٤٨٢٠) وابن ماجه فى «الديات» (٢/ ٢٦٤٤) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ١٨٣، ٢٢٤) وإسناده صحيح.

(*) أخرجه أبو داود فى «الديات» (٤/ ٤٥٨٣) وذكره الزيلعى فى «نصب الراية» (٤/ ٣٦٤) وانظر صحيح الجامع (٣٣٩٥) وإسناده صحيح.

(**) قلت: نعم الحديث ليس بصحيح كما أشار المؤلف وهو ضعيف جدًا، وقد بيناه آنفًا. . اهـ.

آلاف درهم ودية أهل الكتاب يومـئذ النصف(٦٠) فهذا بيان وشرح مـزيل للإشكال ففيه جمع للأحاديث فـيكون دليلاً لنا ولو لم يكن كذلك لكان قول الـنبى ﷺ مقدمًا على قـول عمر وغيره بغير إشكال فقد كان عمر ؓ إذا بلغه عن النبى ﷺ سنة ترك قوله وعمل بها فكيف يسوغ لأحـد أن يحتج بقوله فى ترك قـول رسول الله ﷺ ؟ فأمـا ما احتج به الآخـرون فإن الصحيح من حديث عمرو بن شعيب مـا رويناه، أخرجه الأئمة فى كتبهم دون ما رووه، وأما ما رووه من أقوال الصحـابة فقد روى عنهم خلافه فنحمل قـولهم فى إيجاب الدية كاملة على سبيل التغليظ، قـال أحمد: إنما غلظ عثمان الدية عليه، لأنه كان عـمدًا فلما ترك القود غلظ عليه، وكذلك حديث مـعاوية ومثل هذا ما روى عن عمر ؓ حين انتحـر رقيق حاطب ناقة لرجل مزنى، فقال عمـر لحاطب: إنى أراك تجيعهم لأغرمنك غرمًا يشق عـليك فأغرمه مثلى قيـمتـها(٦١)، فأما ديات نسائهم فعـلى النصف من دياتهم، لا نعلم فى هذا خلافًا، قال ابن المـنذر(٦٢): أجمع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل، ولأنـه لما كان دية نساء المسلم على النصف من دياتهم كذلك نساء أهل الكتاب على النصف من دياتهم.

فــصل: وجراحاتهم من دياتهم كـجراح المسلمين من دياتهم وتغلظ دياتهم باجـتماع الحرمات عند من يرى تغليظ ديات المـسلمين بها كتغليظ ديات المسلـمين، قال حرب: قلت لأبى عبد الله: فـإن قتل ذميًا فى الحـرم، قال: يزاد أيضًا على قدره كمـا يزاد على المسلم،

مسعـود ؓ، وروى جماعة عـن أحمد أنها ثلاثون حـقة وثلاثون جذعة وأربعـون خلفة فى بطونها أولادها، وبهذا قال عطاء ومحمد بن الحسن والشافعى وروى ذلك عن عمر وزيد وأبى موسى والمغيـرة ؓ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيـه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «من قتل مؤمنًا مـتعمدًا دفع إلى أولياء المـقتول فإن شاءوا قـتلوا وإن شاءوا أخذوا الدية وهى ثلاثون حـقة وثلاثون جـذعة وأربعـون خلفة» ومـا صولـحوا عليـه فهـو لهم وذلك لتشـديد القتل(7)، رواه الترمذى وقال: هو حديث حسن غريب وعن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال: «ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون خلفة فى بطونهـا أولادها»(8) رواه الإمام أحمد وأبو داود وعن عمـرو بن شعيب أن رجلاً يقال له: قتادة حذف ابنه بالسيف فـقتله فأخذ عمر منه الدية ثلاثين حقة وثلاثـين جذعة وأربعين خلفة رواه مالك فى الموطأ(9)، ووجه الأول ما روى الزهرى عن السائب بن يزيد قال: كانت الدية

---

(٦٠) أخرجه أبو داود فى «السنن» (٤/ ٤٥٤٢) والبيهقى فى «السنن» (٨/ ٧٧) وإسناده صحيح.

(٦١) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٢٧٨) وعبد الرزاق فى «المصنف» (١٠/ ١٨٩٧٧).

(٦٢) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (ص١٣٦/ ٦٧٠).

(7) تقدم برقم (١٤) مسألة رقم (١٤٦١) مغنى.

(8) تقدم برقم ( ).

(9) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٨٦٧).

وقال الأثرم: قيل لأبى عبد الله: جنى على مجوسى فى عينه وفى يده، قال: يكون بحساب ديته كما أن المسلم يؤخذ بالحساب فكذلك هذا قيل قطع يده، قال: بالنصف من ديته.

١٤٧٠ - **مسألة:** قال: **(فإن قتلوه عمداً أضعفت الدية على قاتله المسلم لإزالة القود)**.

هكذا حكم عثمان بن عفان رضي الله عنه هذا يروى عن عثمان، رواه أحمد عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى عن سالم عن أبيه أن رجلاً قتل رجلاً من أهل الذمة فرفع إلى عثمان فلم يقتله وغلظ عليه ألف دينار(٦٣) فصار إليه أحمد اتباعًا له، وله نظائر فى مذهبه، فإنه أوجب على الأعور لما قلع عين الصحيح دية كاملة حين درأ القصاص عنه وأوجب على سارق التمر مثلى قيمته حين درأ عنه القطع، وهذا حكم النبى فى سارق التمر(٦٤) فيثبت مثله هاهنا، ولو

على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أرباعًا خمسًا وعشرين جذعة وخمسًا وعشرين حقة وخمسًا وعشرين بنت لبون وخمسًا وعشرين بنت مخاض، ولأنه حق يتعلق بجنس الحيوان فلا يعتبر فيه الحمل كالزكاة والأضحية والخلفة الحامل وقول النبى صلى الله عليه وسلم: «فى بطونها أولادها» تأكيد وهل يعتبر فى الخلفات كونها ثنايا؟ على وجهين: **أحدهما:** لا يعتبر، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أطلق الخلفات ولم يقيدها فأى ناقة حملت فهى خلفة تجزئ فى الدية واعتبار السن تقييد لا يصار إليه إلا بدليل، **والثانى:** يشترط، لأن فى بعض ألفاظ الحديث: «أربعون خلفة ما بين ثنية عامها إلى بازل» ولأن سائر أنواع الإبل مقدرة السن فكذلك الخلفة والذى ذكره القاضى هو الأول والثنية التى لها خمس سنين ودخلت السادسة وقلما تحمل الأثنية ولو أحضرها خلفة سقطت قبل قبضها فعليه بدلها.

فصل: فإن اختلفا فى حملها رجع إلى أهل الخبرة كما يرجع إلى حمل المرأة فى القوابل وإن تسلمها الولى ثم قال: لم تكن حوامل وقد ضمرت أجوافها فقال الجانى: بل قد ولدت عندك نظرت فإن قبضها بقول أهل الخبرة فالقول قول الجانى، لأن الظاهر إصابته وإن قبضها بغير قولهم فالقول قول الولى، لأن الأصل عدم الحمل.

5- **مسألة: (وإن كان القتل خطأ وجبت أخماساً عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة)**.

لا يختلف المذهب أن دية الخطأ أخماس كما ذكرنا وهذا قول ابن مسعود والنخعى

---

(٦٣) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (١٠/ ٩٦/ ١٨٤٩٢) والدارقطنى، وعنه البيهقى فى «السنن» (٨/ ٣٣) من طريق الزهرى عن سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما «أن رجلاً مسلمًا قتل رجلاً من أهل الذمة عمدًا، ورفع إلى عثمان رضي الله عنه فلم يقتله، وغلظ عليه الدية مثل دية المسلم» وإسناده صحيح، وعند عبد الرزاق فى «المصنف» قال الزهرى: وقتل خالد بن المهاجر رجلاً من أهل الذمة فى زمن معاوية، فلم يقتله به، وغلظ عليه الدية ألف دينار.

(٦٤) أخرجه أبو داود فى «الحدود» (٤/ ٤٣٩٠) والنسائى فى «قطع السارق» (٨/ ح٤٩٧٣) وإسناده حسن.

كان القـاتل ذميًا أو قتل ذمى مسلمًـا لم تضعف الدية عليـه، لأن القصاص عـليه واجب فى الموضـعين، وجمهـور أهل العلم على أن دية الذمى لا تضاعف بالعمـد لعموم الأثر فيـها، ولأنها دية واجبة فلم تضـاعف كدية المسلم أو كما لو كان القـاتل ذميًا ولا فرق فى الدية بين الذمى وبين المستأمن: لأن كل واحد منهما كتـابى معصوم الدم، وأما المرتد والحربى فلا دية لهما لعدم العصمة فيهما.

١٤٧١- مسألة: قال: **(ودية المجوسى ثمانمائة درهم ونساؤهم على النصف)**.

وهذا قول أكثر أهل العلم، قال أحمد: مـا أقل ما اختلف فى دية المجوسى؟ وممن قال ذلك: عمر وعثمان وابن مسعود ﷺ، وسـعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وعطاء وعكرمة والحسن ومالك والشافـعى وإسحاق، وروى عن عمر بن عبد العـزيز أنه قال: ديته نصف دية المسلم كـدية الكتابى لقول النبى ﷺ: «سنـوا بهم سنة أهل الكتاب»(٦٥) وقـال النخـعى والشعبى وأصحاب الرأى: ديته كدية المسلم، لأنه آدمى حر معصوم فأشبه المسلم.

ولنا: قول من سمـينا من الصحابة، ولم نعرف لهم فى عـصرهم مخالفًا فكان إجـماعًا، وقوله: «سنوا بهم سنة أهـل الكتاب» يعنى فى أخذ جـزيتهم حقن دمائـهم بدليل أن ذبائحهم ونساءهم لا تحل لنا، ولا يجـوز اعتباره بالمسلم ولا الكتـابى لنقصان ديته، وأحكامـه عنهما فينبغى أن تنقص ديته كـنقص المرأة عن دية الرجل، وسواء كان المجوسى ذميًـا أو مستأمنًا، لأنه محقـون الدم، ونساؤهم على النصف من دياتهم بإجمـاع، وجراح كل واحد معـتبرة من ديته، وإن قتلوا عمـدًا أضعفت الدية على القاتل المسلم لإزالة القود، نص عليه أحـمد قياسًا على الكتابى.

فـصـل: فأما عبدة الأوثان وسائر من لا كتاب له كالـتراك ومن عبد ما استحسن فلا دية

وأصحـاب الرأى وابن المنذر وقال عمـر بن عبد العـزيز وسليمان بن يـسار والزهرى والليث وربيعة ومـالك والشافعى: هى أخـماس إلا أنهم جعلوا مكان بنى مخـاض بنى لبون، وهكذا رواه سعيد فى سننه عن النخعى عن ابن مسعود، قال الخطابى روى أن النبى ﷺ ودى الذى قتل بخيبـر بمائة من أبل الصدقة(١٥)، وليس فى أسنان الصدقة ابن مخاض، وروى عن على والحسن والشـعبى والحـارث العكلى وإسحـاق أنها أرباع كدية العـمد سـواء، وعن زيد أنها ثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون وعشـرون ابن لبون وعشرون بنت مخاض(١١)، قـال طاوس: ثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون وثلاثون بنت مخاض وعـشر بنى لبون ذكور لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسـول الله ﷺ: قضى أن من قتل خطأ فديته من الإبل ثلاثون

(٦٥) تقدم برقم (٣٩) فى المسألة برقم (١١٥٦).

(١٥) متفق عليه: أخرجه البخارى (١٣/ ٧١٩٢) ومسلم (٣/ ص١٢٩٢).

(١١) فى المغنى هكذا وفى بعض النسخ «عشر».

لهم[٦٦]، وإنما تحقن دماءهم بالأمان، فإذا قتل من له أمان منهم فديته دية مجوسى، لأنها أقل الديات فلا تنقص عنها، ولأنه كافر ذو عهد لا تحل مناكحته فأشبه المجوسى.

فصل: ومن لم تبلغه الدعوة من الكفار إن وجد لم يجز قتله حتى يدعى، فإن قتل قبل الدعوة من غير أن يعطى أمانًا فلا ضمان فيه، لأنه لا عهد له ولا أيمان فأشبه امرأة الحربى وابنه الصغير، وإنما حرم قتله ليبلغه الدعوة، وهذا قول أبى حنيفة، وقال أبو الخطاب: يضمن بما يضمن به أهل دينه، وهو مذهب الشافعى، لأنه محقون الدم أشبه من له أمان، والأول أولى، فإن هذا ينتقض بصبيان أهل الحرب ومجانينهم، ولأنه كافر لا عهد له فلم يضمن كالصبيان والمجانين، فأما إذا كان له عهد فله دية أهل دينه، فإن لم يعرف دينه ففيه دية المجوسى، لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه.

١٤٧٢- **مسألة:** قال: (ودية الحرة المسلمة نصف دية الحر المسلم).

قال ابن المنذر وابن عبد البر: أجمع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل[٦٧]، وحكى غيرهما عن ابن علية والأصم أنهما قالا: ديتها كدية الرجل لقوله ﷺ: «فى نفس المؤمنة مائة من الإبل»[٦٨] وهذا قول شاذ يخالف إجماع الصحابة وسنة النبى ﷺ، فإن فى كتاب عمرو بن حزم دية المرأة على النصف من دية الرجل[٦٩]، وهى أخص مما ذكروه وهما فى كتاب واحد فيكون ما ذكرنا مفسرًا لما ذكروه مخصصًا له، ودية نساء كل أهل دين على النصف من دية رجالهم على ما قدمنا فى موضعه.

بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشر بنى لبون ذكور[12]، رواه أبو داود وابن ماجه، وقال أبو ثور: الديات كلها أخماس كدية الخطأ، لأنها بدل متلف فلا يختلف بالعمد والخطأ كسائر المتلفات وحكى عنه أن دية العمد مغلظة ودية شبه الخطأ والعمد أخماس، لأن شبه العمد تحمله العاقلة فكان أخماسًا كدية الخطأ.

ولنا: ما روى عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «فى دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنى مخاض وعشرون بنت لبون»[13] رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه، ولأن ابن لبون يجب على طريق البدل عن ابنة مخاض فى

---

(٦٦) فى نسخة: فلا ذمة لهم.
(٦٧) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (ص١٣٦/ ٦٧٠٩).
(٦٨) تقدم برقم (١) فى أول الكتاب.
(٦٩) أخرجه البيهقى (٨/ ٩٥) من حديث معاذ بن جبل، وقال: روى ذلك على وجه آخر عن عبادة بن نسى، وفيه ضعف، وذكره ابن حجر فى التلخيص (٤/ ٢٨) وقال: هذه الجملة ليست فى حديث عمرو بن حزم الطويل، وإنما أخرجه البيهقى فى حديث معاذ بن جبل، وقال: إسناده لا يثبت مثله، وانظر الإرواء (٧/ ٣٠٧).
(12) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٤/ ٤٥٤١) وإسناده صحيح.
(13) أخرجه أبو داود فى «الديات» (٤/ ٤٥٤٥) والترمذى فى «سننه» (٤/ ١٣٨٦) وإسناده ضعيف.

١٤٧٣- **مسألة:** قال: (وتساوى جراح المرأة جراح الرجل إلى ثلث الدية، فإن جاوز الثلث فعلى النصف).

وروى هذا عن عمر وابن عمـر وزيد بن ثابت، وبه قال سعيد بن المسيب وعـمر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير والزهرى وقتادة والأعرج وربيـعة ومالك، قال ابن عبد البر: وهو قول فقهاء المدينة السـبعة وجمهور أهل المدينة، وحكى عن الشافـعى فى القديم، وقال الحسن: يستويان إلى النصف، وروى عن على رضي الله عنه أنها على النصف فـيما قل وكثر، وروى ذلك عن ابن سيرين، وبه قال الثورى والليث وابن أبى ليلى وابن شبـرمة وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور والشافعى فى ظاهر مذهبه، واختاره ابن المنذر، لأنهما شخصان تختلف ديتهما فاختلف أرش أطرافهـما كالمـسلم والكافر، ولأنها جناية لهـا أرش مقدر فكان من الـمرأة على النصف من الرجل كاليد، وروى عن ابن مسعود أنه قـال: تعاقل المرأة الرجل إلى النصف عشر الدية فإذا زاد على ذلك فهى على النصف لأنها تساويه فى الموضحة.

ولنا: ما روى عـمرو بن شعـيب عن أبيه عن جـده قال: قال رسـول الله ﷺ: «عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها»(٧٠) أخرجه النسائى، وهو نص يقدم على ما سواه، وقال ربيعة: قلت لسعيد بن المسيب: كم فى أصبع المرأة؟ قال: عشر، قلت: ففى أصبـعين؟ قال: عـشرون، قلت: ففى ثلاث أصـابع؟ قال: ثلاثون، قلت: فـفى أربع؟ قال: عشـرون، قال قلت: لما عظـمت مصيـبتهـا قل عقلها؟ قـال: هكذا السنة يا بن أخى، وهذا مقتضى سنة رسول الله ﷺ، رواه سعيد بن منصور(٧١)، ولأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم إذ لم ينقل عنهم خلاف ذلك إلا عـن على، ولا نعلم ثبوت ذلك عنه، ولأن ما دون الثلث يسـتوى

الزكاة إذا لم يجدها فلا يجمع بين البدل والمبدل فى واجب، ولأن موجبهما واحد فيصير كأنه أوجب أربعين ابنة مخاض، ولأن ما قلناه الأقل والزيادة عليه لا تثبت إلا بتوفيق على من ادعاه الدليل، فأما قـتيل خيبـر فلا حجة لهم فيـه، لأنهم لم يدعوا القتل إلا عمـدًا فتكون ديته دية العمد وهى من أسنـان الصدقة والخلاف فى دية الخطأ، وقول أبى ثور يـخالف الآثار المروية التى ذكرناها فلا يعول عليه.

6- **مسألة:** (ويؤخذ فى البقر النصف مسنات والنصف وفى الغنم النصف ثنايا والنصف أجذعة إذا كانت الغنم ضأنًا).

لأن دية الإبل من الأسنان المقدرة فى الزكاة فكذلك للبقر والغنم.

---

(٧٠) أخرجه النسائى فى «القسـامة» (٨/ ٤٨١٩) والدارقطنى فى «السنن» (٣/ ٩١) من طريق إسماعيل بن عياش عن ابن جريح عن عـمرو بن شعيب به، وإسناده ضعيف، إسماعيـل بن عياش، وهو ضعيف فى روايته عن الحجازيين وهذه منها، وابن جريج مدلس، وقد عنعنه.

(٧١) أخرجه مالك فى «الموطأ» (٢/ ٨٦٠) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٩٦) وإسناده صحيح.

فيه الذكر والأنثى بدليل الجنين، فإنه يستوى فيه الذكر والأنثى، فأما الثلث نفسه فهل يستويان فيه؟ على روايتين:

إحداهما: يستويان فيه، لأنه لم يعتبر حد القلة، ولهذا صحت الوصية به، وروى أنهما يختلفان فيه، وهو الصحيح لقوله ﷺ «حتى يبلغ الثلث» وحتى للغاية، فيجب أن تكون مخالفة لما قبلها لقول الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ (التوبة: ٢٩) ولأن الثلث فى حد الكثرة لقوله ﷺ: «الثلث والثلث كثير»(٧٢).

فصل: فأما دية نساء سائر أهل الأديان، فقال أصحابنا: تساوى دياتهن ديات رجالهم إلى الثلث لعموم قوله ﷺ: «عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها» ولأن الواجب دية امرأة فساوت دية الرجل من أهل دينها كالمسلمين، ويحتمل أن تساوى المرأة الرجل إلى قدر ثلث دية الرجل المسلم، لأنه القدر الكثير الذى يثبت فيه التنصيف فى الأصل، وهو دية المسلم.

١٤٧٤ – **مسألة:** قال: **(ودية العبد والأمة قيمتهما بالغة ما بلغ ذلك).**

وقد تقدم شرح هذه المسألة فيما مضى(٧٣)، ولا فرق فى هذا الحكم بين القن من العبيد والمدبر والمكاتب وأم الولد، قال الخطابى: أجمع عوام الفقهاء على أن المكاتب عبد ما بقى عليه درهم فى جنايته، والجناية عليه، إلا إبراهيم النخعى، فإنه قال فى المكاتب: يؤدى بقدر

7- مسألة: (ولا تعتبر القيمة فى شيء من ذلك إذا كان سليمًا من العيوب، وقال أبو الخطاب: تعتبر أن تكون القيمة لكل بعير مائة وعشرين درهمًا، وظاهر هذا أنه يعتبر فى الأصول كلها أن تبلغ دية من الأثمان، والأول أولى).

الصحيح أنه لا تعتبر قيمة الإبل بل متى وجدت على الصفة المشروطة وجب أخذها وهو ظاهر كلام الخرقى، وسواء قلت قيمتها أو كثرت وهو ظاهر مذهب الشافعى وذكر أصحابنا أن مذهب أحمد أن تؤخذ مائة من الإبل قيمة كل بعير منها مائة وعشرون درهمًا، فإن لم يقدر على ذلك أدى اثنى عشر ألف درهم أو ألف دينار، لأن عمر قوم الإبل على أهل المذهب ألف مثقال وعلى أهل الورق اثنى عشر ألف درهم فدل على أن ذلك قيمتها، ولأن هذه أبدال محل واحد فيجب أن تتساوى فى القيمة كالمثل والقيمة فى بدل القرض والمتلف فى المثليات.

ولنا قول النبى ﷺ: «فى النفس المؤمنة مائة من الإبل» وهذا مطلق فتقييده يخالف إطلاقه فلم يجب إلا بدليل، ولأنها كانت تؤخذ على عهد النبى ﷺ وقيمتها ثمانية آلاف،

---

(٧٢) أخرجه البخارى فى «الوصايا» (٥/ ٢٧٤٣/ فتح) ومسلم (٣/ وصايا/ ١٢٥٣) والنسائى (٦/ ح٣٦٣٦) وابن ماجه (٢/ ٢٧١١) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٢٣٠) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٧٣) تقدم شرطها فى المسألة رقم (١٤٣٥).

ما أدى من كـتابته دية الحـر، وما بقى دية العبـد، ورُوى فى ذلك شىء عن على ﷺ، وقد روى أبو داود فى سننه، والإمام أحمد فى مسنده قال: حـدثنا محمد بن عبد الله ثنا هشام بن أبى عبد الله قال: حدثنى يحيى بن أبى كثـير عن عكرمة عن ابن عباس قال: قضى رسول الله ﷺ فى المكاتب يقتل أنه يؤدى ما أدى من كتابتـه دية الحر وما بقى دية العبد(٧٤)، قـال الخطابى: وإذا صح الحديث وجب القول به إذا لم يكن منسوخًا أو معارضًا بما هو أولى منه.

١٤٧٥- **مسألة:** قال: (ودية الجنين إذا سقط من الضربة ميتًا وكان من حرة مسلمة غرة عبد أو أمة قيمتها خمس من الإبل موروثة عنه كأنه سقط حيًا).

يقال: غرة عبد بالصفة وغرة عبد بالإضافة، والصفة أحسن، لأن الغرة اسم للعبد نفسه، قال مهلهل:

كل قـــتـيل فـى كليب غـــرة حـــتى ينال القَـتْلُ آل مـــرة(٧٥)

فى هذه المسألة فصول خمسة: **أحدها:** أن فى جنين الحرة المسلمة غرة، وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم: عـمر بـن الخطاب وعطاء والشعـبى والنخـعى والزهرى ومالك والثـورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى، وقد روى عن عمر ﷺ: أنه استشار الناس فى إملاص المرأة، فقال المغـيرة بن شعبة: شـهدت النبى ﷺ قضى فيـه بغرة عبد أو أمة، قال لتأتين بمن يشهد معك فشـهد له محمد بن مسلمة(٧٦)، وعن أبى هريرة ﷺ، قال: اقتتلت

وقول عمر فى حديثه: إن الإبل قد غلت فقومها على أهل الورق اثنى عشر ألفًا دليل على أنها فى حال رخصهـا أقل قيمة من ذلك وقد كـانت تؤخذ فى زمن النبى ﷺ وأبى بكر وصدرًا من خلافة عمر مع رخصهـا وقلة قيمتها ونقصها عن مائة وعشريـن فإيجاب ذلك فيها خلاف سنة رسول الله ﷺ، ولأن النبى ﷺ فرق بين دية الخطأ والعمـد فغلظ دية العمد وخفف دية الخطأ وأجمع عليه أهل الـعلم، واعتبارها بقيمـة واحدة تسوية بينهما وجـمع بين ما فرق الشارع وإزالة التخفيف والتغليظ جميعًا بل هو تغليظ لدية الخطأ، لأن اعتبار ابنة مخاض بقيمة ثنية أو جذعة يشق جـدًا فيكون تغليظًا لدية الخطأ وتخفيفًا لدية العمـد وهذا خلاف ما قصده الشارع وورد به، ولأن العادة نقص قـيمة بنات المخـاض عن قيمة الحقـاق والجذعات، فلو

---

(٧٤) أخرجه أبو داود (٤/ ٤٥٨١) وفى أخرى: ومـا بقى دية المملوك، والنسائى فى «سننه» (٨/ ٤٨٢٣) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٣٦٣، ٣٦٩) قال أحمد شاكر: إسناده صحيح.

(٧٥) هذا الرجز: ذكره ابن منظور فى «اللسان» (٥/ ١٨) وقال: يقـول: كلهم ليسوا بكفء لكليب إنما هم بمنزلة العبيد والإماء إن مثلتهم حتى أمثل آل مره تأتهم الألفاء حينئذ.

(٧٦) أخرجه البـخارى فى «الديات» (١٢/ ح٦٩٠٥/ فتح) ومسلم فى «القسامة» (٣/ ١٣١١/ ٣٩) وأبو داود (٤/ ٤٥٧٠، ٤٥٧١) وابن مـاجـه (٢/ ٢٦٤٠) المـلاص: هو جنين الـمـرأة، والمَلَصُ، بالتحريك: الزَّلَقُ، وأملصت المرأة بولدها: أى: أسقطت، وقال ابن منظور فى تفسير الحديث: أراد بالمرأة الحامل تضرب فتملص جنينها أى: تزلقه قبل وقت الولادة. اهـ. (اللسان: ملص).

امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى رسول الله ﷺ : أن دية جنينها عبد أو أمة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم، متفق عليه(٧٧)، والغرة عبد أو أمة سميا بذلك لأنهما من أنفس الأموال، والأصل فى الغرة: الخيار.

فإن قيل: فقد روى فى هذا الخبر «أو فرس أو بغل» **قلنا:** هذا لا يثبت، رواه عيسى بن يونس ووهم فيه، قاله أهل النقل، والحديث الصحيح المتفق عليه إنما فيه «عبد أو أمة».

فأما قول الخرقى: من حرة مسلمة، فإنما أراد أن جنين الحرة المسلمة لا يكون إلا حرّاً مسلمًا، فمتى كان الجنين حرّاً مسلمًا ففيه الغرة، وإن كانت أمه كافرة أو أمة مثل أن يتزوج المسلم كتابية فإن جنينها منه محكوم بإسلامه، وفيه الغرة، ولا يرث منها شيئًا لأنه مسلم، وولد السيد من أمته وولد المغرور من أمة حر، وكذلك لو وطئت الأمة بشبهة فولدها حر وفيه الغرة، فأما إن كان الجنين محكومًا برقه لم تجب فيه الغرة، وسيأتى بيان حكمه، وأما جنين الكتابية والمجوسية إذا كان محكومًا بكفره ففيه عشر دية أمه، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى.

قال ابن المنذر: ولم أحفظ عن غيرهم خلافهم، وذلك لأن جنين الحرة المسلمة مضمون بعشر دية أمه فكذلك جنين الكافرة، إلا أن أصحاب الرأى يرون أن دية الكافرة كدية المسلمة

كانت تؤدى على عهد رسول الله ﷺ بقيمة واحدة ويعتبر فيها ذلك لنقل ولم يجز الإخلال به، لأن ما ورد الشرع به مطلقًا إنما يحمل على العرف والعادة، فإذا أريد به ما يخالف العادة وجب بيانه وإيضاحه لئلا يكون تلبيسًا فى الشريعة وإيهامهم أن حكم الله خلاف ما هو حكمه على الحقيقة والنبى ﷺ بعث للبيان قال الله تعالى: ﴿لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ (النحل: ٤٤) فكيف يحمل قولهم على الإلباس والألغاز هذا لا يحل ثم لو حمل الأمر على ذلك لكان ذكر الإنسان عبثًا غير مفيد فإن فائدة ذلك إنما هو لكون اختلاف أسنانها مظنة لاختلاف القيم فأقيم مقامه، ولأن الإبل الأصل فى الدية فلا يعتبر قيمتها بغيرها كالذهب والورق، ولأنها أصل فى الوجوب فلا تعتبر قيمتها كالإبل فى السلم وشاة الجبران، وحديث عمرو بن شعيب حجة لنا، فإن الإبل كانت تؤخذ قبل أن تغلو يقومها عمر وقيمتها أكثر من اثنى عشر ألفًا، وقد قيل: إن قيمتها كانت ثمانية آلاف، ولذلك قال عمر: دية الكتابى أربعة آلاف، وقولهم: إنها أبدال محل واحد فلنا أن نمنع ونقول: البدل إنما هو الإبل وغيرها معتبر بها، وإن سلمنا فهو منتقض بالذهب والورق فإنه لا يعتبر تساويهما، وينتقض أيضًا بشاة الجبران مع الدراهم، وأما بدل القرض والمتلف فإنما هو المثل خاصة والقيمة بدل عنه ولذلك لا تجب إلا عند العجز عنه بخلاف مسألتنا، **فإن قيل:** فهذا حجة عليكم لقولكم: إن الإبل هى الأصل وغيرها بدل

---

(٧٧) تقدم برقم (٤١) فى المسألة رقم (١٤٥٥).

فلا يتحقق عندهم بينهما اختلاف، فإن كان أبوا الجنين كافرين مختلفًا دينهما كولد الكتابى من المجوسية والمجـوسى من الكتابية اعتبرناه بأكثرهما دية فنوجب فيـه عشر دية كتابية على كل حال، لأن ولد المسلمـة من الكافرة معتبر بأكثـرهما دية كذا هـهنا، ولا فرق فيـما ذكرناه بين كون الجنين ذكـرًا أو أنثى، لأن السنة لم تفرق بينهمـا، وبه يقول الشافعى وإسـحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وعامـة أهل العلم، ولو ضرب بطن كتابية حاملاً من كـتابى فأسلم أحد أبويه ثم أسقطته ففيه الغرة فى قول ابن حامـد والقاضى، وهو ظاهر كلام أحمد ومذهب الشافعى، لأن الضمان معتبر بحال استقـرار الجناية، والجنين محكوم بإسلامه عند استقرارها، وفى قول أبى بكر وأبى الخطاب: فيه عشر دية كتابية، لأن الجناية عليه فى حال الغرة، وإن ضرب بطن أمة فأعـتقت ثم ألقت الجنين، فعلى قول ابن حـامد، والقاضى فيـه غرة، وفى قول أبى بكر وأبى الخطاب فيه عشر قيمة أمه، لأن الجناية علـيه فى حال كونه عبدًا ويمكن منع كونه عبدًا ويمكن منع كونه صار حـرًا، لأن الظاهر تلفه بالجناية وبعد تلفه لا يـمكن تحريره وعلى قول هذين يكون الواجب فيـه لسيده، وعلى قول ابن حامـد للسيد أقل الأمرين من الغـرة أو عشر قيـمة أمه، لأن الغرة إن كـانت أكثر لم يسـتحق الزيادة، لأنها زادت بالحـرية الحاصلة بزوال ملكه، وإن كانت أقل لم يكن له أكثـر منها، لأن النقص حصل بإعتاقه فـلا يضمن له كما لو قطع يد عبـد فأعتقـه سيده ثم مـات بسراية الجناية كان له أقل الأمـرين من دية حر أو نصف

عنها فيجب أن يساويهـا كالمثل والقيمة، قلـنا: إذا ثبت لنا هذا ينبغى أن يقوم غـيرها بها ولا تقوم هى بغيرها، لأن البدل يتبع الأصل ولا يتـبع الأصل البدل، على أنَّا نقول: إنما صير إلى التقدير بهـذا لأن عمر ﷺ قومها فى وقـته بذلك فوجب المصير إليـه كيلا يؤدى إلى التنازع والاختلاف فى قيمة الإبل الواجبة كما قدر لبن المـصراة بصاع من التمر نفيا للتنازع فى قيمته فلا يوجب هذا أن يرد الأصل إلى التقويم فيـفضى إلى عكس حكمة الشرع ووقوع التنازع فى قيمـة الإبل مع وجودها بعينها على أن المـعتبر فى بدلى القرض مـساواة المقرض فاعـتبر كل واحد من بدليه به والدية غير معتبرة بقيمة المتلف ولهذا لا تعتبر صفاته، وهكذا قول أصحابنا فى تقويم البقر والشاة والحلل يجب أن يكون مـبلغ الواجب من كل صنف منها اثنى عشر ألفًا فتكون قيمة كل بقرة أو حلة ستين درهما وقيمة كل شاة ستة دراهم لتتساوى الأبدال كلها.

8- مسألة: (ويؤخذ فى الحلل المتعارف من ذلك باليمين).

وهى مائتـا حلة كل حلة بردان فتكون أربعـمائة بردة، فإن تنازعـا جعلت قيـمة كل حلة ستين درهما ليبلغ قيمة الجميع اثنى عشر ألف درهم.

فـصـل: ولا يقبل فى الإبل معيب ولا أعجف ولا يعتـبر فيها أن تكون من جنس إبله ولا إبل بـلده، وقال القاضى وأصحاب الشافعى: الواجب عليه من جنس إبله سواء كان القاتل أو العاقلة، لأن وجوبها على سبيل المواساة فيجب كونها من جنس ما لهم كالزكاة، فإذا كان عند

قيمته، ومـا فضل عن حق السيد لورثة الجنين، فأما إن ضرب بطن الأمة فـأعتق السيد جنينها وحده نظرت، فـإن أسقطه حيًا لوقت يعـيش مثله ففيـه دية حر، نص عليه أحـمد، وإن كان لوقت يعيش مثله ففيه غرة، لأنه حر على قول ابن حامد، وعلى قول أبى بكر عليه عشر قيمة أمه، وإن أسقطتـه ميتًا ففيه عـشر قيمة أمه لأننا لا نعلـم كونه حيًا حال إعتاقـه، ويحتمل أن تجب عليه الغرة، لأن الأصل بقاء حياته فأشبه ما لو أعتق أمه.

الفـصل الثـانى: أن الغرة إنما تجب إذا سقط من الضـربة، ويعلم ذلك بأن يسقط عقيب الضرب أو ببقائها متألمة إلى أن يسقط، ولو قـتل حاملاً لم يسقط جنينها أو ضرب من جوفها حركة أو انتفاخ فـسكن الحركة وأذهبها لم يضمن الجنين، وبهذا قـال مالك وقتادة والأوزاعى والشـافعى وإسـحاق وابن المـنذر، وحكى عن الزهرى أن عليـه الغرة، لأن الظاهر أنه قـتل الجنين فلزمته الغرة كما لو أسقطت.

ولنا: أنه لا يثبت حكم الولد إلا بخروجه، ولذلك لا تـصح له وصية ولا ميراث، ولأن الحركة يجوز أن تكون لريح فى البطن سكنت ولا يجب الضمان بالشك فأما إذا ألقته ميتًا فقد تحقق، والظاهر تلفه من ضربة فيجب ضمانه سواء ألقـته فى حياتها أو بعد موتها، وبهذا قال الشافعى، وقال مالك وأبو حنيفة، إن ألقته بعد مـوتها لم يضمنه، لأنه يجرى مجرى أعضائها وبموتها سقط حكم أعضائها.

بعض العاقلة عراب وعند بعضهم بخـاتى أخذ من كل واحد من جنس ما عنده، وإن كان عند واحد صنفان ففيه وجهان:

أحدهما: يؤخذ من كل صنف بقسطه.

والثـانى: يؤخذ من الأكثر فإن استويا دفع من أيهـما شاء، فإن دفع من غير إبله خيرًا من إبله أو مثلهـا جاز كما لو أخـرج فى الزكاة خيرًا من الواجب، وإن كـان أدون لم يقبل إلا أن يرضى المستحق، وإن لم يكن له إبل فـمن غالب إبل البلد، فإن لم يكن فى البلد إبل وجبت من غالب إبل أقـرب البلاد إليه، فإن كـانت إبله عجافا أو مـراضا كلف تحصيل صـحاح من صنف ما عنده، لأنه بدل مـتلف فلا يؤخذ فـيه معـيب كقيمـة الثوب المتلف ونحـو هذا قال أصحابنا فى البقر والغنم

ولنا: قول النبى ﷺ «فى النفس المؤمنة: مائة من الإبل» أطلق الإبل فمن قيدها احتاج إلى دليل، ولأنها بدل متلف فلم يخـتص بجنس ماله كبدل سائر المـتلفات، ولأنها حق ليس سببه المال فلم يعتبر فيه كونه من جنس مـاله كالمسلم فيه والقرض ولأن المقصود بالدية جبر المفوت والجبـر لا يختص بجنس مال من وجب عليه، وفارق الزكاة فإنهـا وجبت على سبيل المواساة ليشارك الفقراء الأغنياء فيـما أنعم الله عليهم به فاقتضى كونه من جنس أموالهم وهذا بدل متلف فـلا وجه لتخصـيصه بمـاله، وقولهم: لها مـواساة، لا يصح وإنما وجبت جـبرًا للفائت كبدل المال المتلف، وإنما العـاقلة تواسى القاتل فيما وجب بجناية ولهذا لا تجب من

ولنا: أنه جنين تلف بجنايته وعلم ذلك بخروجه فوجب ضمانه كما لو سقط فى حياتها، ولأنه لو سقط حيّـا ضمنه فكذلك إذا سقط ميـتًا كما لو أسـقطته فى حياتهـا وما ذكروه ليس بصحيح، لأنه لو كان كـذلك لكان إذا سقط ميتًا ثم ماتت لم يضمنه كـأعضائها، ولأنه آدمى موروث فلا يدخـل فى ضمان أمه كمـا لو خرج حيّا، فـأما إن ظهر بعضـه من بطن أمه ولم يخرج باقيه ففيه الغرة، وبه قال الشافعى، وقال مالك وابن المنذر: لا تجب الغرة حتى تلقيه، لأن النبى ﷺ إنما أوجب الغرة فى الجنين الذى ألقته المرأة، وهذه لم تلق شيئًا أشبه ما لو لم يظهر منه شىء.

ولنا: أنه قاتل لجنينها فلزمته الغرة كما لو ظهر جميعه، ويفارق ما لو لم يظهر منه شىء، لأنه لم يتـيقن قـتله ولا وجوده، وكـذلك إن ألقت يدًا أو رجلاً أو رأسًـا أو جزءًا مـن أجزاء الآدمى وجبت الغرة، لأنَّا تيقنا أنه من جنـين، وإن ألقت رأسين أو أربع أيد لم يجب أكثر من غرة، لأن ذلك يجوز أن يكون من جنين واحد، ويجوز أن يكون من جنينين فلم تجب الزيادة مع الشك، لأن الأصل براءة الذمة وكذلك لم يجب ضمانه إذا لم يظهر، فإن أسقطت ما ليس فيـه صورة آدمى فـلا شىء فيـه، لأنَّا لا نعلم أنه جنين، وإن ألقت مضـغة فـشهد ثـقات من القوابل أن فيه صـورة خفية، ففيه غـرة، وإن شهدت أنه مبتدأ خلق آدمى لو بقى تصـور ففيه وجهان: **أصحهـما:** لا شىء فيه، لأنه لم يتصور فلم يجب فيه كالعلقة، ولأن الأصل براءة

جنس أموالهم إذا لم يكونوا ذوى إبل والواجب بجنايته إبل مطلقة فتواسيه فى تحملها، ولأنها لو وجبت من جنس مالهم لوجبت المريضة من المراض والصغيرة من الصغار كالزكاة.

فصل: ودية المرأة نصف دية الرجل، إذا كانت المرأة حرة مسلمة فديتها نصف دية الحر المسلم، أجـمع على ذلك أهل العلم ذكره ابن المنذر وابن عبـد البر وحكى غيـرهما عن ابن عُلَيَّة والأصم أنهما قالا: ديتهـا كدية الرجل لقوله ﷺ: «فى النفس المؤمنة مائة من الإبل» وهذا قول شاذ يخالف إجـماع الصحابة وسنة النبى ﷺ، فإن فى كتـاب عمرو بن حزم دية المرأة على النصف من دية الرجل وهو أخص مما ذكروه وهما فى كتاب واحد فيكون ما ذكرنا مفسرًا لما ذكروه مخصصًا له.

9- مسـألة: (وتساوى جراح المرأة جراح الرجل إلى ثلث الدية فإذا زادت صارت على النصف).

روى هذا عن عمر وابنه وزيـد بن ثابت وبه قال سعيد بن المـسيب وعمر بن عـبد العزيز وعروة والزهرى وقـتادة وربيعة ومـالك، قال ابن عبد الـبر: وهو قول فقـهاء المدينة السبـعة وجمهور أهل المدينة، وحكى عن الشافـعى فى القديم، وقال الحسن: يستويان إلى النصف، وروى عن على ﷺ أنها على النصف فيما قل أو أكثر، وروى ذلك عن ابن سيرين، وبه قال الثورى والليث وابن أبى ليلى وابن شبـرمة وأبى حنيفة وأصحابه والشافـعى فى ظاهر مذهبه، واختاره ابن المنذر، لأنهما شخصان تختلف ديتهما فاختلف أرش أطرافهما كالمسلم والكافر،

الذمة فلا تشغلها بالشك، والثاني: فيه غرة، لأنه مبتدأ خلق آدمي أشبه ما لو تصور، وهذا يبطل بالنطفة والعلقة.

الفصل الثالث: أن الغرة عبد أو أمة، وهذا قول أكثر أهل العلم وقال عروة وطاوس ومجاهد عبد أو أمة أو فرس، لأن الغرة اسم لذلك، وقد جاء في حديث أبي هريرة، قال: قضى رسول الله ﷺ في الجنين بغرة عبد أو أمة أو فرس أو بغل(٧٨)، وجعل ابن سيرين مكان الفرس مائة شاة، ونحوه قال الشعبي، لأنه روى في حديث عن النبي ﷺ أنه جعل في ولدها مائة شاة، رواه أبو داود(٧٩)، وروى عن عبد الملك بن مروان أنه قضى في الجنين إذا أملص بعشرين دينارًا، فإذا كان مضغة فأربعين، فإذا كان عظمًا فستين، فإذا كان العظم قد كسى لحمًا فثمانين، فإن تم خلقه وكسى شعره فمائة دينار، قال قتادة: إذا كان علقة فثلث غرة وإذا كان مضغة فثلثي غرة.

ولأنهما جناية لها أرش فكان من المرأة على النصف من الرجل كاليد، وروى عن ابن مسعود أنه قال: تعاقل المرأة الرجل إلى نصف عشر الدية فإذا زاد على ذلك فهي على النصف كأنها تساويه في الموضحة، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها»(14) أخرجه النسائي وهو نص يقدم على ما سواه قال ربيعة: قلت لسعيد بن المسيب: كم في أصبع المرأة؟ قال: عشر، قلت: ففي أصبعين؟ قال: عشرون، قلت: ففي ثلاث أصابع؟ قال: ثلاثون، قلت: ففي أربع؟ قال: عشرون، قال: فقلت: لما عظمت مصيبتها قل عقلها؟ قال: هكذا السنة يا بن أخي، وهذا مقتضى سنة رسول الله ﷺ رواه سعيد، ولأنه إجماع الصحابة ﷺ، إذ لم ينقل عنهم خلاف ذلك إلا عن علي، ولا نعلم ثبوت ذلك عنه، ولأن ما دون الثلث يستوى فيه الذكر والأنثى بدليل الجنين فإنه يستوى فيه دية الذكر والأنثى، فأما الثلث نفسه ففيه روايتان: إحداهما: يستويان فيه لأنه لم يعتبر حد القلة ولهذا صحت الوصية به، والثانية: يختلفان فيه وهو الصحيح لقوله ﷺ: «حتى يبلغ الثلث» و «حتى» للغاية ويجب أن تكون مخالفة لما قبلها لقول الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ (التوبة: ٢٩) ولأن الثلث في حد الكثرة قوله ﷺ: «والثلث كثير» ولأن العاقلة تحمله فدل على أنه مخالف لما دونه، فأما دية نساء سائر أهل الأديان فقال أصحابنا: تساوى دياتهن ديات رجالهم إلى الثلث لعموم قوله ﷺ: «عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها» ولأن الواجب دية امرأة فساوت دية الرجل من أهل دينها كالمسلمين ويحتمل أن تساوى المرأة الرجل إلى ثلث دية الرجل المسلم، لأنه القدر الكثير الذي ثبت له النصف في الأصل وهو دية وهكذا أرش جراحة المسلمين.

---

(٧٨) انظره برقم (27) شرح مستوفيًا. (٧٩) انظره أيضًا برقم ( ) في الشرح فليراجع.

(14) أخرجه النسائي في «القسامة» (٨/ ح٤٨١٩) وإسناده ضعيف فيه إسماعيل بن عياش.

ولنا: قضـاء رسول الله ﷺ في إمـلاص المرأة بعـبد أو أمـة، وسنة رسول الله ﷺ قاضية على ما خالفها، وذكـر الفرس والبغل في الحديث وهم، انفرد به عيسى بن يونس عن سائر الرواة فالظاهر أنه وهم فيه وهو متروك في البغل بغير خلاف، وكذلك في الفرس، وهذا الحديث الذي ذكـرناه أصح ما روى فيـه، وهو متفق عليه، وقـد قال به أكثـر أهل العلم فلا يلتفت إلى مـا خالفه، وقـول عبد الملك بن مـروان تحكم بتقدير لم يرد به الشـرع، وكذلك قتادة، وقول رسول الله ﷺ أحق بالاتباع من قولهما، إذا ثبت هذا فإنه تلزمه الغرة فإن أراد دفع بدلها ورضى المدفـوع إليه جاز، لأنه حق آدمى فجـاز ما تراضيا عليه، وأيهـما امتنع من قبـول البدل فله ذلك، لأن الحق فيـها فلا يقـبل بدلها إلا برضـاهما وتجب الغرة سـالمة من العيوب، وإن قل العيب، لأنه حـيوان وجب بالشرع فلم يقبل فيه المعـيب كالشاة في الزكاة، لأن الغرة الخـيار والمعـيب ليس من الخيار ولا يقـبل فيها هرمـة ولا ضعيـفة ولا خنثى ولا خصى، وإن كثرت قيمته، لأن ذلك عـيب، ولا يتقدر منها في ظاهر كلام الخرقى، وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي وأبو الخطاب وأصحاب الشافعي لا يقبل فيها من له دون سبع سنين، لأنه يحتاج إلى من يكفله له ويحضنه وليس من الخيـار، وذكر بعض أصحاب الشافعي أنه لا يقبل فيها غلام بلغ خمسة عشر سنة، لأنه لا يدخل على النساء ولا ابنة عشرين، لأنها تتغير، وهذا تحكم لم يرد الشرع به، فيجب أن لا يقبل وما ذكروه من الحاجة إلى الكفالة باطل بمن

10- **مـسـألة:** (ودية الخنثى المشكل نصف ديـة ذكر ونصف دية أنثى وذلك ثلاثة أرباع دية الذكر لأنه يحتمل الذكورية والأنوثية).

وهذا قول أصحاب الرأى، وعند الشافعي: الواجب دية أنثى لأنها اليقين فلا يجب الزائد بالشك.

ولنا: أنه يحتمل الذكـورية والأنوثية احتمـالاً واحداً وقد يئسنا من انكشاف حـاله فيجب التوسط بينهما والعمل بكلا الاحتمالين.

فـصـل: ويقاد به الذكر والأنثى، لأنهما لا يختلفان في القود ويقاد هو بكل واحد منهما، فأما جراحه فإن كانت دون الثلث اسـتوى الذكر والأنثى، لأن أدنى حاليه أن يكون امرأة وهى تساوى الذكر على ما بينا وفيما زاد ثلاثة أرباع حر ذكر.

فـصـل: ودية الكتابي نصف دية المسلم إذا كـان حرّاً ونساؤهم على النصف من دياتهم هذا ظاهر المذهب وهو قول عمر بن عبد العزيز وعروة ومالك وعمرو بن شعيب، وعنه: أنها ثلث دية المسلم إلا أنه رجع عنها فروى عنه صالح أنه قال: كنت أقول دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف وأنا اليـوم أذهب إلى نصف دية المسلم حديث عمـرو بن شعيب وحديث عـثمان الذى يرويه الزهرى عن سالم عن أبيه، وهذا صريح فى الرجوع عنه، وروى عن عمر وعثمان أن ديتـه أربعة آلاف درهم، وبه قـال سعـيـد بن المسـيب وعطاء وعكرمـة وعمـرو بن دينار

له فوق السبع، ولأن بلوغه قيمة الكبير مع صغره يدل على أنه خيار ولم يشهد لما ذكروه نص، ولا له نظير يقاس عليه والشاب البالغ أكمل من الصبى عقلاً وبنية وأقدر على التصرف وأنفع فى الخدمة وقضاء الحاجة وكونه لا يدخل على النساء إن أريد به النساء الأجنبيات بلا حاجة إلى دخوله عليهن، وإن أريد به سيدته فليس بصحيح، فإن الله تعالى قال: ﴿لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ (النور: ٥٨) ثم لو لم يدخل على النساء لحصل من نفعه أضعاف ما يحصل من دخوله وفوات شيء إلى ما هو أنفع منه لا يعد فواتًا كمن اشترى بدرهم ما يساوى عشرة لا يعد فواتًا ولا خسرانًا ولا يعتبر لون الغرة، وذكر عن أبى عمرو بن العلاء أن الغرة لا تكون إلا بيضاء ولا يقبل عبد أسود ولا جارية سوداء.

ولنا: أن النبى ﷺ قضى بعبد أو أمة وأطلق مع غلبة السواد على عبيدهم وإمائهم، ولأنه حيوان يجب دية فلم يعتبر لونه كالإبل فى الدية.

الفصل الرابع: أن الغرة قيمتها نصف عشر الدية وهى خمس من الإبل، وروى ذلك عن عمر وزيد رضي الله عنهما، وبه قال النخعى والشعبى وربيعة وقتادة ومالك والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى، ولأن ذلك أقل ما قدره الشرع فى الجنايات وهو أرش الموضحة ودية السن فرددناه إليه **فإن قيل:** فقد وجب فى الأنملة ثلاثة أبعرة وثلث وذلك دون ما ذكرتموه، **قلنا:** الذى نص

والشافعى وإسحاق وأبو ثور لما روى عبادة بن الصامت أن النبى ﷺ قال: «دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف أربعة آلاف»[15] وروى أن عمر رضي الله عنه جعل دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف ودية المجوسى ثمانمائة درهم[16].

وقال علقمة ومجاهد والشعبى والنخعى والثورى وأبو حنيفة: ديته كدية المسلم، وروى ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود ومعاوية رضي الله عنهم، وقال ابن عبد البر: هو قول سعيد بن المسيب والزهرى لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال: «دية اليهودى والنصرانى مثل دية المسلم»[17] ولأن الله سبحانه ذكر فى كتابه دية المسلم وقال ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ (النساء: ٩٢) وقال فى الذمى مثل ذلك ولم يفرق فدل على أن ديتهما واحدة ولأنه حر ذكر معصوم فتكمل ديته كالمسلم.

ولنا: ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ قال: «دية المعاهد نصف دية المسلم»[18] وفى لفظ أن النبى ﷺ قضى أن عقل أهل لكتاب نصف عقل

---

(15) ذكره ابن حجر فى التلخيص (٤/ ٢٩) وضعفه.
(16) أخرجه الدارقطنى فى «السنن» (٣/ ١٣٠) والبيهقى فى «السنن» (٨/ ١٠٠).
(17) أخرجه الدارقطنى فى «السنن» (٣/ ١٤٥) وقال: عثمان هو الوقاص متروك الحديث.
(18) أورده الهيثمى فى «المجمع» (٦/ ٢٩٩) وقال: رواه الطبرانى فى الأوسط وفيه جماعة لم أعرفهم.

عليه صاحب الشريعة غرة قيمتها أرش الموضحة، وهو خمس من الإبل، وإذا كان أبوا الجنين كتابيين ففيه غرة قيمتها نصف قيمـة الغرة الواجبة فى المسلم وفى جنين المجوسية غرة قيمتها أربعون درهمًـا، وإذا تعذر وجود غرة بهـذه الدراهم وجبت الدراهم لأنه موضع حـاجة، وإذا اتفق نصف عشر الدية من الأصول كلهـا بأن تكون قيمتها خمسًـا من الإبل وخمسين دينارًا أو ستمائة درهم فـلا كلام، وإن اختلفت قيمة الإبل فنصف عشر الدية من غـيرها مثل أن كانت قيمة الإبل أربعين دينارًا أو أربعمائة درهم، فظاهر كلام الخرقى أنها تقوم بالإبل لأنها الأصل، وعلى قول غيره من أصـحابنا تقوم بالذهب أو الورق فجعل قيـمتها خمسـين دينارًا أو ستمائة درهم، فإن اخـتلفا قومت على أهل الذهب به وعلى أهل الورق به فـإن كان من أهل الذهب والورق جميعًا قومها من هى عليه بمـا شاء منهما، لأن الخيرة إلى الجانى فى دفع ما شاء من الأصول، ويحتـمل أن تقوم بأدناهما على كل حال لذلك وإذا لم يجد الغـرة انتقل إلى خمس من الإبل على قول الخرقى، وعلى قول غيره ينتقل إلى خمسين دينارًا أو ستمائة درهم.

الفصل الخامس: أن الغرة موروثة عن الجنين كأنه سقط حيًا لأنها دية له وبدل عنه فيرثها ورثته كما لو قـتل بعد الولادة، وبهذا قال مالك والشافـعى وأصحاب الرأى، وقال الليث: لا تورث بل تكون بدله لأمه لأنه كعضو من أعضائها فأشبه يدها.

ولنا: أنها دية آدمى حر فوجب أن تكون موروثة عنه كـما لو ولدته حيًا ثم مات وقوله إنه

المسلمين[19] رواه الإمام أحمد، وفى لفظ دية المعاهد نصف دية الحر[20]، قال الخطابى: ليس فى دية أهل الكتاب شىء أبين من هذا ولا بأس بإسناده وقد قـال به أحمد: وقول رسول الله ﷺ أولى، فأمـا حديث عبادة فلم يذكـره أصحاب السنن، والظاهر أنه ليس بصـحيح، وحديث عمـر إنما كان ذلك حين كـانت الدية ثمانية آلاف فـأوجب فيه نصفـها أربعة آلاف، ودليل ذلك ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: كانت قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار وثمانيـة آلاف درهم ودية أهل الكتاب يومئذ النصف[21] فهـذا بيان وشرح يزيل الإشكال وفـيه جمع للأحـاديث فيكون دليلاً لنا، ولو لم يكن كـذلك لكان قول النبى ﷺ مقدمًا على قـول عمر وغيره بغير إشكال، فقد كـان عمر رضي الله عنه إذا بلغه عن النبى ﷺ سنة ترك قوله وعـمل بها فكيف يسوغ لأحـد أن يحتج بقوله فى ترك قـول رسول الله ﷺ؟ وأما ما احتج به الآخرون فإن الصحيح من حديث عمرو بن شعيب ما رويناه، أخرجه الأئمة فى كتبهم دون ما رووه، وأما ما رووه من قول الصـحابة فقد روى عنهم خلافه فيحمل

---

(19) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٦٧١٦) وقال الشيخ أحمد شاكر: إسناده صحيح.

(20) أخرجـه أبو داود فى «الـديات» (٤/ ٤٥٨٣) وذكـر الزيلعى فى «نصـب الراية» (٤/ ٣٦٤) وإسناده صحيح.

(21) أخرجه أبو داود فى «الديات» (٤/ ٤٥٤٢) والبيهقى فى «السنن» (٨/ ٧٧) وإسناده حسن.

عضـو من أعضـائها لا يصح لأنه لو كـان عضـوًا لدخل بدله فى دية أمه كـيدها، ولمـا منع القصاص من أمه وإقامة الحد عليها من أجله ولما وجبت الكفارة بقتله، ولما صح عتقه دونها ولا عتقـها دونه ولا تصور حيـاته بعد موتها، ولأن كل نفس تضـمن بالدية تورث كدية الحى فعلى هذا إذا أسقطت جنينًا ميتًا ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من ديته ثم يرثها ورثتها وإن ماتت قبله ثم ألقته ميـتًا لم يرث أحدهما صاحبه، وإن خرج حيًّا ثم مات قـبلها ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من ديته ثـم يرثها ورثتها، وإن ماتت قبله ثم ألقته ميتًـا لم يرث أحدهما صاحبه، وإن خرج حـيًا ثم ماتت قبلـه ثم مات أو ماتت ثم خرج حـيًا ثم مات ورثهـا ثم يرثه ورثته، وإن اختلف وراثهما فى أولهما موتًا فحكمهـما حكم الغرقى على ما ذكر فى موضعه ويجىء على قول الخـرقى فى المسألة التى ذكـرها إذا ماتت امرأة وابنـها أن يحلف ورثة كل واحد منهـما ويختصموا بميراثه وإن ألقت جنينًا ميتًا أو حيا ثم مات ثم ألقت آخر حيًّا ففى الميت غرة وفى الحى الأول دية كاملة إذا كان سقوطه لوقت يعيش مثله ويرثهما الآخر ثم يرثه ورثته إن مات، وإن كانت الأم قد ماتت بعد الأول وقبل الثانى فإن دية الأول ترث منها الأم والجنين الثانى ثم إذا ماتت الأم ورثها الثانى ثم يصير ميراثه لورثته، وإن ماتت الأم بعدهما ورثتهما جميعًا.

فصل: وإذا ضرب بطن امرأة فألقت أجنة ففى كل واحدة غرة، وبهذا قال الزهرى ومالك والشافعى وإسحاق وابن المنذر قال: ولا أحفـظ عن غيرهم خلافهم، وذلك لأنه ضمان آدمى

قولهم فى إيجاد الدية كاملة على سبيل التغليظ، قال أحمد: إنما غلظ عثمان الدية عليه، لأنه كان عمدًا فلما ترك القود غلظ عليه وكذلك حديث معاوية، ومثل هذا ما روى عن عمر ﷺ حين انتحر رقيق حاطب ناقة لرجل مزنى فقال عمر لحاطب: إنى أراك تجيعهم لأغرمنك غرمًا يشق عليك فغرمه مثلى قيمتها[22].

11- مسألة: (وجراحاتهم على النصف من دياتهم كجراحات المسلمين من دياتهم قياسًا عليهم).

قال الأثرم: قيل لأبى عبد الله جنى على مجوسى فى عينه وفى يده؟ قال: يكون بحساب ديته كما أن المسلم يؤخذ بالحساب فكذلك هذا، قيل: قطع يديه؟ قال: بالنصف من ديته.

12- مسألة: (ونساؤهم على النصف من دياتهم).

لا نعلم فى هذا خلافًـا، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلـم على أن دية المرأة نصف دية الرجل، ولأنه لما كـان دية نساء المسلمـين على النصف من دياتهم كذلك نسـاء أهل الكتاب قياسًا عليهم.

13- مسألة: (ودية المجوسى والوثنى ثمان مائة درهم).

ذهب أكثر أهل العلم فى دية المجوسي قال أحـمد: ما أقل من اختلف فى دية المجوسى

---

(22) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٢٧٨).

فتعدد بتعـدده كالديات، وإن ألقتهم أحياء فى وقت يعيشون فـى مثله ثم ماتوا ففى كل واحدة دية كاملة، وإن كان بعضهم حيًا فمات وبعضهم ميتًا ففى الحى دية وفى الميت غرة.

فـصل: وتحمل العاقلة ديـة الجنين إذا مات مع أمه نص عليه أحمـد إذا كانت الجناية عليها خطأ أو شبه عمد لما روى المغـيرة بن شعبة أن رسول الله ﷺ قضى فى الجنين بغرة عبـد أو أمة على عـصبة القـاتلة، وإن كان قـتل الأم عمـدًا أو مات الجنين وحده لم تـحمله العاقلة، وقال الشافعى: تحمله العـاقلة على كل حال بناءً على قوله: إن العاقلة تحمل القليل والكثير والجناية على الجنين ليست بعمد، لأنه لا يتحقق وجوده ليكون مقصودًا بالضرب.

ولنا: أن العاقلة لا تحمل ما دون الثلث على ما ذكرناه وهذا دون الثلث، وإذا مات وحده أو من جناية عمد فدية أمه على قاتلهـا فكذلك ديته، لأن الجناية لا يحمل بعض ديتها الجانى وبعضها غيره فيكون الجميع على القاتل كما لو قطع عمدًا فسرت الجناية إلى النفس.

١٤٧٦- **مـسـألة:** قال: (وإن كان الجنين مملوكًا ففيه عشر قيمة أمه سواء كان الجنين ذكرًا أو أنثى).

وجـملة ذلك: أنه إذا كان جنين الأمة مملوكًا فسقط من الضربة ميتًـا ففيه عشر قيمة أمه، هذا قول الحسن وقتادة ومالك والشافـعى وإسحاق وابن المنذر وبنحوه قال النخعى والزهرى، وقال زيد بن أسلم يجب فـيه نصف عشر غـرة وهو خمسـة دنانير، وقال الثورى وأبو حنيـفة

وممن قـال ذلك: عمر وعثـمان وابن مسعـود وسعيد بن الـمسيب وسليمـان بن يسار وعطاء وعكرمة والحسن ومـالك والشافعى وإسحاق، ويـروى عن عمر بن عبد العـزيز أنه قال: ديته نصف دية المسلم كدية الكتـابى لقول النبى ﷺ: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» (23) وقـال النخعى والشعبى وأصحاب الرأى: ديته كدية المسلم، لأنه آدمى حر معصوم فأشبه المسلم.

ولنا: قول من سـمينا من الصحابة ولـم نعرف لهم فى عصرهم مـخالفًا فكان إجمـاعًا، وقوله: «سنوا بهم سنة أهل الكتـاب» يعنى فى أخذ جزيتهم وحقن دمـائهم بدليل أن ذبائحهم ونساءهم لا تحل لنـا ولا يجوز اعتـباره بالمسلم ولا بالكتـابى لنقصـان ديته وأحكامه عنهـما فينبغى أن تنقص ديته كنقص المرأة عن دية الرجل وسواء كان الـمجوسى ذميًا أو مستأمنًا لأنه محقون الدم، ونساؤهم على النصف من دياتهم وجراح كل واحد معتبرة من ديته كالمسلم.

14- **مـسألة:** فأما عبدة الأوثان وسائر من ليس له كتاب كالترك ومن عبد ما استحسن فلا ذمة لهم وإنما تحقن دماؤهم بالأمان، فإذا قتل من له أمان منهم فديته دية مجوسى، لأنها أقل الديات فلا ينقص عنها ولأنه كافر ذو عهد لا تحل مناكحته فأشبه المجوسى.

---

(23) أخرجه مالك فى «الموطأ» (١/ ٢١٨/ ٤٢) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٦/ ١٨٩) من طريق جعفر ابن محمـد بن على عن أبيه أن عمر. . . فذكـره، وإسناده ضعيف، فهو منقطع، مـحمد بن على لم يدرك عمر.

وأصحابه يجب فيه نصف عشر قيمته إن كان ذكرًا وعشر قيمته إن كان أنثى لأن الغرة واجبة فى جنين الحرة نصف عشر دية الرجل وعشر دية الأنثى وهذا متلف فاعتباره بنفسه أولى من اعتباره بأمه، ولأنه جنين مضمون تلف بالضرب فكان فيه نصف عشر الواجب فيه إذا كان ذكرًا كبيرًا وعشر الواجب إذا كان أنثى كجنين الحرة، وقال محمد بن الحسن مذهب أهل المدينة يفضى إلى أن يجب فى الجنين الميت أكثر من قيمته إذا كان حيًا.

ولنا: أنه جنين مات بالجناية فى بطن أمه فلم يختلف ضمانه بالذكورة والأنوثة كجنين الحرة ودليلهم نقلبه عليهم فنقول جنين مضمون تلف بالجناية فكان الواجب فيه عشر ما يجب فى أمه كجنين الحرة وما ذكروه من مخالفة الأصل معارض بأن مذهبهم يفضى إلى تفضيل الأنثى على الذكر وهو خلاف الأصول، ولأنه لو اعتبر بنفسه لوجبت قيمته كلها كسائر المضمونات بالقيمة، ولأن مخالفتهم أشد من مخالفتنا لأننا اعتبرناه إذا كان ميتًا بأمه وإذا كان حيًا بنفسه فجاز أن تزيد قيمة الميت على الحى مع اختلاف الجهتين كما جاز أن يزيد البعض على الكل فى أن من قطع أطراف إنسان الأربعة كان الواجب عليه أكثر من دية النفس كلها وهم فضلوا الأنثى على الذكر مع اتحاد الجهة وأوجبوا فيما يضمن بالقيمة عشر قيمته تارة ونصف عشرها أخرى وهذا لا نظير له، إذا ثبت هذا فإن قيمة أمه معتبرة يوم الجناية وعليها وهذا منصوص الشافعى، وقال بعض أصحابه تقوم حين أسقطت لأن الاعتبار فى ضمان الجناية بالاستقرار ويتخرج لنا وجه كذلك.

15- **مسألة:** (ومن لم تبلغه الدعوة فلا ضمان فيه).

من لم تبلغه الدعوة من الكفار إن وجد لم يجز قتله حتى يدعى فإن قتل قبل الدعوة من غير أن يعطى أمانًا فلا ضمان فيه، لأنه لا عهد له ولا إيمان فأشبه امرأة الحربى وابنه الصغير، وإنما حرم قتله لتبلغه الدعوة، وهذا قول أبى حنيفة، وقال أبو الخطاب: إن كان ذا دين فديته دية أهل دينه، وهو مذهب الشافعى، لأنه محقون الدم أشبه من له أمان والأول أولى، فإن هذا ينتقض بصبيان أهل الحرب ومجانينهم، ولأنه كافر لا عهد له فلم يضمن كالصبيان فأما إن كان له عهد ففيه دية أهل دينه، فإن لم يعرف دينه ففيه دية المجوسى، لأنه اليقين والزيادة مشكوك فيها.

فصل: ودية العبد والأمة قيمتها بالغة ما بلغت وعنه لا يبلغ بها دية الحر، أجمع أهل العلم على أن فى العبد الذى لا تبلغ قيمته دية الحر قيمته فإن بلغت قيمته دية أو زادت عليها فذهب أحمد رحمه الله فى المشهور عنه: إلى أن فيه قيمته بالغة ما بلغت عمدًا كان القتل أو خطأ سواء ضمن باليد أو بالجناية، وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز وإياس بن معاوية والزهرى ومكحول ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبى يوسف وقال النخعى والشعبى والثورى وأبو حنيفة ومحمد: لا يبلغ به دية الحر، وحكاها أبو

ولنا: أنه لم يتحلل بين الجناية وحال الاستقرار ما يوجب تغيير بدل النفس فكان الاعتبار بحال الجناية كمـا لو جرح عبداً ثم نقصت السوق لكثـرة الجلب ثم مات فإن الاعتبار بقـيمته يوم الجناية ولأن قيمتها تتغير بالجناية وتنقـص فلم تقوم فى حال نقصها الحاصل بالجناية كما لو قطع يدها فماتت من سرايتهما أو قطع يدها فمرضت بذلك ثم اندملت جراحتها.

فـصل: وولد المدبرة والمكاتبة والمـعتقة بصفة وأم الولد إذا حمـلت من غير مولاها حكمه حكم ولد الأمة، لأنه مـملوك ولا تحمل العاقلة شيئـا من ذلك، لأن العاقلة لا تحمل عبداً بحال، فأما جنين المعتق بعضها فهو كهى فيه من الحرية مثل ما فيها فإذا كان نصفها حراً فنصفه حر، فيه نصف غرة لورثته وفى النصف الباقى نصف عشر قيمة أمه لسيده.

فصل: وإن وطئ أمه بشبهة أو غر بأمة فتزوجها وأحبلها فضربها ضارب فألقت جنيناً فهو حر وفيه غرة موروثة عنه لورثته، وعلى الواطئ عشر قيـمتها لسيدها، لأنه لولا اعتقاد الحرية لكان هذا الجنين مملوكًا لسيـده على ضاربه عشر قيمة أمه فلما انعـتق بسبب الوطء فقد حال بين سيدها وبين هذا القدر فألزمناه ذلك للسيد سواء كان بقدر الغرة أو أكثر منها أو أقل.

فـصل: إذا سقط جنين ذمية قد وطئها مـسلم وذمى فى طهر واحد وجب فيه اليقين وهو ما فى جنين الذمى فإن ألحق بعد ذلك بالذمى فقد وفى ما عليه، وإن ألحق بمسلم فعليه تمام الغرة، وإن ضرب بطن نصـرانية فأسقطت وادعت أو ادعى ورثته أنه مـن مسلم حملت به من

الخطاب رواية عن أحمد وقال أبو حنيفة: ينقص عن دية الحر ديناراً وعشرة دراهم القدر الذى يقطع به السارق، هذا إذا ضـمن بالجناية، وإن ضمن باليد مـثل أن يغصب عبدًا فـيموت فى يده، فإن قيمـته تجب، وإن زادت على دية الحر واحتجـوا بإنه ضمان آدمى فلم يزد على دية الحر كضمان الحر، وذلك لأن الله تعالى لما أوجب فى الحر دية لا نزيد، وهو أشرف لخلوه عن نقص الرق كان تنبيهًا على أن العبد المنقوص لا يزاد عليها فتجعل مالية العبد معياراً للقدر الواجب فيه ما لم يزد على الدية، فـإن زاد علمنا خطأ ذلك فنرده إلى دية الحر كأرش ما دون الموضحة يجب فيه ما تخرجه الحكومة ما لم يزد على أرش الموضحة فنرده إليها.

ولنا: أنه مال متقوم فيضمن بكمال قيمته بالغة ما بلغت كالفرس أو مضمون بقيمته فكانت جميع القـيمة مضـمونة كما لو ضمنه باليـد ويخالف الحر، فإنه ليس مـضمونًا بالقيـمة وإنما ضمن بما قـدره الشرع فلم يتجاوزه، ولأن ضـمان الحر ليس بضمان مـال ولذلك لم يختلف باختلاف صفاته، وهذا ضمان مال يزيد بزيادة المالية وينقص بنقصانها فاختلفا.

فـصل: ولا فرق فى هذا الحكم بين القن من العبـيد والمدبر والمكاتب وأم الولد، قال الخطابى أجـمع عوام الفقـهاء على أن المكاتب عـبد ما بقـى عليه درهم فى جنايتـه عليه إلا إبراهيم النخعى، فـإن قال فى المكاتب: يؤدى بقدر مـا أدى من كتابته دية الحـر وما بقى دية العبـد، وروى فى ذلك شيء عن على ﷺ، وقد روى أبو داود فى سننه، والإمام أحـمد فى

وطء شبهة أو زنا فاعترف الجانى فعليه غرة كاملة، وإن كان مما تحمله العاقلة فاعترف أيضًا فالغرة عليها، وإن أنكرت حلفت وعليها ما فى جنين الذميين والباقى على الجانى، لأنه ثبت باعترافه والعاقلة لا تحمل اعترافًا، وإن اعترفت العاقلة دون الجانى فالغرة عليها مع دية أمه، وإن أنكر الجانى والعاقلة فالقول قولهم مع أيمانهم أننا لا نعلم أن هذا الجنين من مسلم ولا تلزمهم اليمين على البت، لأنها يمين على النفى فى فعل الغير، فإذا حلفوا وجبت دية ذمى، لأن الأصل ولدها تابع لها، ولأن الأصل براءة الذمة، وإن كان مما لا تحمله العاقلة فالقول قول الجانى وحده مع يمينه، ولو كانت النصرانية امرأة مسلم فادعى الجانى أن الجنين من ذمى بوطء شبهة أو زنا فالقول قول ورثة الجنين، لأن الجنين محكوم بإسلامه فإن الولد للفراش.

فصل: وإذا كانت الأمة بين شريكين فحملت بمملوك فضربها أحدهما فأسقطت فعليه كفارة ، لأنه أتلف آدميًا ويضمن لشريكه نصف عشر قيمة أمه ويسقط ضمان نصيبه، لأنه ملكه، وإن أعتقها الضارب بعد ضربها وكان معسرًا ثم أسقطت عتق نصيبه منها ومن ولدها وعليه لشريكه نصف عشر قيمة الأم وعليه نصف غرة من أجل النصف الذى صار حرًا يورث عنه بمنزلة مال الجنين ترث أمه منه بقدر ما فيها من الحرية.

والباقى لباقى ورثته هذا قول القاضى وقياس قول ابن حامد وهو مذهب الشافعى وقياس

مسنده حدثنا محمد بن عبد الله ثنا هشام بن أبى عبد الله، قال: حدثنى يحيى بن أبى كثير عن عكرمة عن ابن عباس قال: قضى رسول الله ﷺ فى المكاتب يقتل أنه يؤدى ما أدى من كتابته دية الحر وما بقى دية العبد[24] ، وقال الخطابى: إذا صح الحديث وجب القول به إذا لم يكن منسوخًا أو معارضًا بما هو أولى منه.

16- **مسألة:** وفى جراحه إن لم يكن مقدرًا فى الحر ما نقصه بعد التئام الجرح كسائر الأموال ، وإن كان مقدرًا فى الحر فهو مقدر فى العبد من قيمته، ففى يده نصف قيمته وفى موضحته نصف عشر قيمته نقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر، وعنه أنه يضمن بما نقص، اختاره الخلال.

وجملة ذلك: أن الجناية على العبد يجب ضمانها بما نقص من قيمته، لأن الواجب إنما وجب جبرًا لما فات بالجناية ولا تجبر إلا بإيجاب ما نقص من القيمة فيجب ذلك كما لو كانت الجناية على غيره من الحيوانات وسائر المال ولا يجب زيادة على ذلك، لأن حق المجنى عليه قد انجبر فلا تجب له زيادة على ما فوته الجانى عليه هذا هو الأصل، ولا نعلم فيه خلافًا فيما ليس فيه مقدار شرعى، فإن كان الفائت بالجناية مؤقتًا فى الحر كيده وموضحته ففيه عن أحمد روايتان: إحداهما: أن فيه أيضًا ما نقصه بالغًا ما بلغ، وذكر أبو الخطاب أنه

---

(24) سيأتى تخريجه مستوفيًا برقم (٧٤) فى المسألة رقم (١٤٧٤).

قول[٨٠] أبى بكر وأبى الخطاب لا يجب على الضارب ضمان ما أعتقه، لأنه حين الجناية لم يكن مضمونًـا عليه والاعتبار فى الضمان بحـال الجناية وهى الضرب ولهذا اعتبـرنا قيمة الأم حال الضرب، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى وهذا أصح إن شاء الله، لأن الإتلاف حصل بفعل غيـر مضمون فأشـبه ما لو جرح حربيّـا فأسلم ثم مات بالسراية، ولأن مـوته يحتمل أن يكون قد حـصل بالضرب فلا يتجـدد ضمانه بعد مـوته والأصل براءة ذمته، وإن كان المـعتق موسرًا سرى العتق إليها وإلى جنينها وفى الضمان الوجهان، فعلى قول القاضى فى الجنين غرة موروثة عنه، وعلى قـياس قول أبى بكر عليه ضـمان نصيب شريكه من الجنين بنـصف عشر قيمة أمه ولا يضمن أمـه، لأنه قد ضمنها بإعتاقها فلا يضمنها بتلفـها وإن كان المعتق الشريك الذى لم يضرب وكان معسرًا فلا ضمان على الشريك فى نصيبه، لأن العتق لم يسر إليه وعليه فى نصيب شريكه من الجنـين نصف غرة يرثها ورثته على قول القـاضى وعلى قياس أبى بكر يضمن نصيب شريكه بنصف عشر قيمة أمـه يكون لسيده اعتبارًا بحال الجناية، وكذلك الحكم فى ضمان الأم إذا ماتت من الضربة، وإن كان المعتق مـوسرًا سرى العتق إليهما وصارا حرين وعلى المعتق ضـمان نصف الأم، ولا يضمن نصف الجنين، لأنه يدخل فى ضمـان الأم كما يدخل فى بيعـها، وعلى الضارب ضمـان الجنين بغرة موروثة عنه على قـول القاضى، وعلى قياس قول أبى بكـر يضمن نصيب الشريك بنصف عشر قـيمة أمه وليس عليه ضمـان نصيبه،

اختيار الخلال، وروى الميمونى عن أحمد أنه قال: إنما يأخذ قيمته ما نقص منه على قول ابن عباس وروى هذا عن مالك فيمـا عدا موضحته ومنقلته وهاشمته وجائفـته، لأن ضمانه ضمان الأموال فيجب فيه ما نقص كالبهائم، ولأن ما ضمن بالقيمة بالغًا ما بلغ ضمن نقصه بما نقص كسائر الأموال، ولأن مقتضى الدليل ضمان الفـائت بما نقص خالفناه فيما وقت فى الحر كما خالفناه فى ضمـان نفسه بالدية المؤقتة فـفى الوقت يبقى فيهما على مـقتضى الدليل، والرواية الأخرى أن ما كـان مؤقتًا فى الحر فهـو مؤقت فى العبد من قيـمته ففى يده أو عينه أو شـفته نصف قيـمته وفى موضـحته نصف عشـر قيمتـه وما أوجب الدية فى الحر كـالأنف واللسان واليدين والرجلين والعينين والأذنين أوجب قـيمة العبد مع بقاء ملك السـيد عليه، وروى هذا عن على ﷺ وروى نحوه عن سعيـد بن المسيب، وبه قال ابن سيرين وعمـر بن عبد العزيز والشافعى والثورى، قال أحمد هذا قول سعيـد بن المسيب، وقال آخرون: ما أصيب به العبد فهو على ما نقص من قيمته الظاهر أن هذا لو كـان قول على لما احتج أحمد إلا به دون غيره إلا أن أبا حنيفة والـثورى قالا: ما أوجب الدية من الحر يـتخير سيـد العبد فيه بـين أن يغرمه قيمته ويصير ملكًا للجانى وبين أن لا يضمنه شـيئًا لئلا يؤدى إلى اجتماع البدل والمبدل لرجل واحد وروى عن إياس بن مـعاوية فيـمن قطع يد عبد عـمدًا أو قلع عينه هـو له وعليه ثمنه،

---

(٨٠) سقط من المطبوعة: وأثبتناه من هـ.

لأنه ملكه حال الجناية عليه، وأما ضمان الأم ففى أحد الوجهين فيها دية حرة لسيدها منها أقل الأمرين من ديتها أو قيمتها وعلى الآخر يضمنها بقيمتها لسيدها كما تقدم من قطع يد عبد ثم أعتق ومات.

فصل: ولو ضرب بطن أمته ثم أعتقها ثم أسقطت جنينًا ميتًا لم يضمنه فى قياس قول أبى بكر، لأن جنايته لم تكن مضمونة فى ابتدائها فلم يضمن سرايتها كما لو خرج مرتدًا فأسلم ثم مات، ولأن موت الجنين يحتمل أنه حصل بالضربة فى مملوكه ولم يتجدد بعد العتق ما يوجب الضمان، وعلى قول ابن حامد عليه غرة لا يرث منها شيئًا، لأن اعتبار الجناية بحال استقرارها، ولو كانت الأمة لشريكين فضرباها ثم أعتقاها معًا فوضعت جنينًا ميتًا فعلى قول أبى بكر على كل واحد منهما نصف عشر قيمة أمه لشريكه، لأن كل واحد منهما جنى على الجنين ونصفه له فسقط عنه ضمانه ولزم ضمان نصفه الذى لشريكه بنصف عشر قيمة أمه، اعتبارًا بحال الجناية وعلى قول ابن حامد على كل واحد منهما نصف الغرة للأم منها الثلث وباقيها للورثة ولا يرث القاتل منها شيئًا.

فصل: إذا ضرب ابن المعتقة الذى أبوه عبد بطن امرأة ثم أعتق أبوه ثم أسقطت جنينًا وماتت احتمل أن تكون ديتهما فى مال الجانى على ما تقدم ذكره، واحتمل أن تكون الدية على مولى الأم وعصباته فى قياس قول أبى بكر اعتبارًا بحال الجناية، وعلى قياس قول ابن

ووجه هذه الرواية قول على ﷺ، ولم يعرف له من الصحابة مخالف، ولأنه آدمى يضمن بالقصاص والكفارة فكان فى أطرافه مقدر كالحر ولأن أطرافه فيها مقدر من الحر فكان فيها مقدر من العبد كالشجاج الأربع عند مالك وما وجب فى شجاجه مقدر وجب فى أطرافه كالحر وعلى أبى حنيفة قول على، وإن هذه الأعضاء فيها مقدر فوجب ذلك مع بقاء ملك السيد فى العبد كاليد الواحدة وسائر الأعضاء، وقولهم: إنه اجتمع البدل والمبدل لواحد لا يصح، لأن القيمة ههنا بدل العضو واحدة والرواية الأولى أقيس وأولى إن شاء الله تعالى، ولم يثبت ما روى عن على، وإن ثبت فقد روى عن ابن عباس خلافه فلا يبقى حجة والقياس على الحر لا يصح، لأنهم لم يسووا بينه وبين الحر فيما ليس فيه مقدر شرعى فإنهم أوجبوا فيه ما نقصه، وإن كان فى عضو فيه مقدر شرعى فإنهم أوجبوا فيه ما نقصه، وإن كان فى عضو فيه مقدر كالجناية على الأصبع من غير قطع إذا نقصت قيمته العشر أو أكثر بخلاف الحر، وقد ذكرنا دليل ذلك فى صدر المسألة.

فصل: والأمة مثل العبد فيما ذكرنا وفيه من الخلاف ما فيه إلا أنها تشبه بالحرة ولا تفريع على الرواية الأولى فأما على الثانية فإن بلغت قيمتها احتمل أن ترد إلى النصف فيكون فى ثلاثة أصابع ثلاثة أعشار قيمتها وفى أربعة أصابع خمسها كما أن المرأة تساوى الرجل فى الجراح إلى ثلث ديتها، فإذ بلغت الثلث ردت إلى النصف، والأمة امرأة فيكون أرشها من

حامد على مولى الأب وأقـاربه اعتبارًا بحال الإسقاط، وإن ضـرب ذمى بطن امرأته الذمية ثم أسلم ثم أسقطت لم تحمله عـاقلته وإن ماتت معه فكذلك، لأن عاقلته المـسلمين لا يعقلون عنه، لأنه كـان حين الجناية ذمـيًا وأهل الـذمة لا يعـقلون عنه، لأنه حين الإسـقاط مـسلم، ويحتـمل أن يكون عقله فى قـياس أبى بكر على عـاقلته من أهل الذمة اعـتبارًا بـحال الجناية ويكون فى الجنين ما يجب فى الجنين الـكافر لأنه حين الجناية محكوم بكفـره، وعلى قياس قول ابن حامد تجب فيه غرة كاملة، ويكون عقله وعقل أمه على عاقلته المسلمين اعتبارًا بحال الاستقرار.

١٤٧٧- **مسألة:** قال: **(وإن ضرب بطنها فألقت جنينًا حيًا ثم مات من الضربة ففيه دية حر إن كان حرًا أو قيمته إن كان مملوكًا إذا كان سقوطه لوقت يعيش لمثله وهو أن يكون لستة أشهر فصاعدًا)**.

هذا قول عامة أهل العلم، قال ابن المنذر (٨١): أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن فى الجنيـن يسقط حـيًـا من الضـرب دية كامـلة منهم زيد بن ثابت وعـروة والزهرى والشعبى وقتادة وابن شبرمة ومـالك والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى، وذلك لأنه مات من جنايته بعـد ولادته فى وقت يعيش لمثله فأشـبه قتله بعد وضعـه، وفى هذه المسألة ثلاثة فصول:

أحـدها: أنه إنما يضمن بالدية إذا وضعته حـيًا، ومتى علمت حياته ثبت له هذا الحكم

قيمتها كأرش الحرة، ويحتمل أن لا ترد إلى النصف، لأن ذلك فى الحرة على خلاف الأصل لكون الأصل زيادة الأرش بزيادة الجناية، وإن كل ما زاد نقصها وضررها زاد فى ضمانها، فإذا خولف فى الحرة بقينا فى الأمة على وفق الأصل.

17- **مسألة: (ومن نصفه حر ففيه نصف دية حر ونصف قيمته وكذلك فى جراحه)**.

وجملة ذلك: أن من نصفه حر فإذا جنى عليه فلا قود عليه، لأنه ناقص بالرق أشبه ما لو كان كله رقيقـًا، وإن كان قاتله عبدًا أقيد، لأنه أكمل من الجـانى، وإن كان نصف القاتل حرًا وجب القود لتساويهما، وإن كانت الحرية فى القاتل أكثر لم يجب القود لعدم المساواة بينهما، وفى ذلك كله إذا لم يكن القاتل عبدًا فعليه نصف دية حر ونصف قيمته إذا كان عمدًا وإن كان خطأ ففى ماله نصف قيـمته، لأن العاقلة لا تحمل العبد والنصـف على العاقلة، لأنها دية حر فى الخطأ، وهكذا الحكم فى جـراحه إذا كـان قدر الدية من أرشـها يبلغ ثلث الديـة مثل أن يقطع أنفه أو يديه، وإن قطع إحـدى يديه فالجميع على الجانى، لأن نـصف دية اليد ربع ديته فلا تحملها العاقلة لنقصها عن الثلث.

18- **مسألة: (وإذا قطع خصيتى عبد أو أنفه أو أذنيه لزمته قيمته للسيد ولم يزل ملك**

---

(٨١) انظر الإجماع لابن المنذر (ص١٤٢/ ٧١٠).

سواء ثبتت باستهلاله أو ارتضاعه أو بنفسه أو عطاسه أو غيره من الأمارات التى تعلم بها حياته هذا ظاهر قول الخرقى وهو مذهب الشافعى، وروى عن أحمد أنه لا يثبت له حكم الحياة إلا بالاستهلال، وهذا قول الزهرى وقتادة ومالك وإسحاق، وروى معنى ذلك عن عمر رضي الله عنه وابن عباس والحسن بن على وجابر رضي الله عنهم لقول النبى ﷺ: «إذا استهل المولود ورث وورث»(٨٢) مفهومه أنه لا يرث إذا لم يستهل، والاستهلال الصياح قاله ابن عباس والقاسم والنخعى، لأن النبى ﷺ قال: «ما من مولود يولد إلا مسه الشيطان فيستهل صارخًا إلا مريم وابنها»(٨٣) فلا يجوز غير ما قاله رسول الله ﷺ والأصل فى تسمية الصياح استهلالاً أن من عادة الناس أنهم إذا رأوا الهلال صاحوا وأراه بعضهم بعضًا فسمى صياح المولود استهلالاً، لأنه فى ظهوره بعد خفائه كالهلال وصياحه كصياح من يتراءاه.

ولنا: أنه علمت حياته فأشبه المستهل، والخبر يدل بمعناه وتنبيهه على ثبوت الحكم فى سائر الصور، لأن شربه اللبن أدل على حياته من صياحه وعطاسه صوت منه كصياحه، وأما الحركة والاختلاج المنفرد فلا يثبت به حكم الحياة، لأنه قد يتحرك بالاختلاج وسبب آخر وهو خروجه من مضيق، فإن اللحم يختلج سيما إذا عصر ثم ترك فلم تثبت بذلك حياته.

الفصل الثانى: أنه إنما يجب ضمانه إذا علم موته بسبب الضربة ويحصل ذلك بسقوطه فى الحال وموته متألمًا إلى أن يموت أو بقاء أمه متألمة إلى أن تسقطه فيعلم بذلك موته

السيد عنه، وإن قطع ذكره ثم خصاه لزمته قيمته لقطع الذكر وقيمته مقطوع الذكر وملك سيده باق عليه).

وفى ذلك اختلاف ذكرناه، وعلى الرواية الأخرى يلزمه ما نقص من قيمته، ودليلهما ما سبق.

فصل: ودية الجنين الحر المسلم إذا سقط ميتًا غرة عبدًا أو أمة قيمتها خمس من الإبل موروثة عنه كأنه سقط حيًا ذكرًا كان أو أنثى، وهو نصف عشر الدية.

يقال: غرة عبد بالصفة وغرة عبد بالإضافة، والصفة أحسن، لأن الغرة اسم للعبد نفسه، قال مهلهل:

كُلُّ قَتِيل فى كُلَيْبٍ غُرَّهْ ... حَتَّى يَنَالَ القَتْلُ آلَ مُرَّهْ

وجملة ذلك: أن فى جنين الحرة المسلمة غرة، هذا قول أكثر أهل العلم، منهم عمر رضي الله عنه وعطاء والشعبى والنخعى والزهرى ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى، وقد روى أن عمر استشار الناس فى إملاص المرأة، فقال المغيرة بن شعبة:

---

(٨٢) تقدم برقم (٣) مسألة رقم (٣٧٥).

(٨٣) أخرجه البخارى فى كتاب «الأنبياء» (٦/ ح٣٤٣١/ فتح) ومسلم فى «الفضائل» (٤/ ١٤٦/ ١٨٣٨) وأحمد فى «مسنده» (٧١٨٢، ٧٦٩٤).

بالجناية كما لو ضرب رجلاً فمات عقيب ضربـه أو بقى ضمنًا حتى مات، وإن ألقته حيًا فجاء آخر فقتله وكان فيـه حياة مستقرة فعلى الثانى القصـاص إذا كان عمدًا أو الدية كاملة، وإن لم يكن فيه حيـاة مستقرة بل كانت حركـته كحركة المذبوح فالقـاتل هو الأول وعليه الدية كاملة وعلى الثانى الأدب وإن وقع الجنين حيًا ثم بقى زمنًا سـالمًا لا ألم به لم يضمنه الضارب لأن الظاهر أنه لم يمت من جنايته.

الفـصل الثـالث: أن الدية الكاملة إنما تجب فيه إذا كان سقوطه لسـتة أشهر فصاعدًا فإن كان لدون ذلك ففيه غرة كما لو سقط متألمًـا، وبهذا قال المزنى، وقال الشافعى فيه دية كاملة لأننا علمنا حياته، وقد تلف من جنايته.

ولنا: أنه لم تعلم فيه حياة يتصور بقاؤه بها فلم تجب فيه دية كما لو ألقته ميتًا وكالمذبوح وقولهم إننا علمنا حياته قلنا: وإذا سقط ميتًا وله ستة أشهر فقد علمنا حياته أيضًا.

فـصل: وإذا ادعت امرأة على إنسان أنه ضـربها فأسقطت جنينها فأنكر الـضرب فالقول قوله مع يـمينه، لأن الأصل عدم الضرب، وإن أقـر بالضرب أو قامت به بينة وأنكر أن تكون أسقطت فالقول قـوله أيضًا مع يمينه، لأنه لا يعلم أنها أسقطت ولا تلزمـه اليمين على البت، لأنها يمين علـى فعل الغير والأصل عدمـه، وإن ثبت الإسقاط والضرب ببـينة أو إقرار فادعى أنها أسقطته من غير ضربه نظرنا فإن كانت أسقطت عقيب ضربه فالقول قولها، لأن الظاهر أنه

شهدت النبى ﷺ قضى فيه بغرة عبد أو أمة، قال: لتـأتين بمن يشهد معك فشهد له محمد ابن مسـلمة[25]، وعن أبى هريرة، قال: اقتتلت امرأتـان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتـها، وما فى بطنها فاختصمـوا إلى رسول الله ﷺ، فقضى رسول الله ﷺ أن دية جنينهـا عبـد أو أمة وقضى بـدية المرأة على عـاقلتهـا وورثها ولدها ومن مـعهم. مـتفق عليـــه[26]، والغرة عبـد أو أمة سميا بذلك، لأنهمـا من أنفس الأموال، والأصل فى الغرة الخيار، فإن قيل: فقد روى فى هذا الخبر: «أو فرس أو بغل» قلنا: هذا لم يثبت، رواه عيسى ابن يونس ووهم فيه، قاله أهل النقل، والحديث الصحيح إنما فيه عبد أو أمة.

فـصل: وإنما تجب الغرة إذا سقط من الضربة، ويعلم ذلك بأن يسقط عقيب الضرب أو تبقى منهـا متألمة إلى أن يسـقط، لو قتل حاملاً ولم يسـقط جنينها أو ضرب من فى جـوفها حركة أو انتفاخ فـسكن الحركة وأذهبها لم يضمن الجنين، وبهذا قـال مالك وقتادة والأوزاعى والشافعى وابن المنذر وحكى عن الزهرى: أن عليه غـرة، لأن الظاهر أنه قتل الجنين فوجبت الغرة كما لو أسقطت.

ولنا: أنه لا يثبت حكم لولد إلا بخـروجه، ولذلك لا يصح له وصيـة ولا ميراث، ولأن

---

(25) سبق تخريجه مستوفيًا فى المسألة رقم (١٤٧٥) برقم (٧٦) مغنى.

(26) أخرجه مسلم فى كتاب «القسامة» (٣/ ٣٦/ ١٣٠٩، ١٣١٠) من حديث أبى هريرة رضي الله عنه.

منه لوجوده عقيب شىء يصلح أن يكون سببًا له وإن ادعى أنها ضربت نفسها أو شربت دواء أو فعل ذلك غيرها فحصل الإسقاط فأنكرته فالقول قولها مع يمينها، لأن الأصل عدم ذلك، وإن أسقطت بعد الضرب بأيام نظرنا فإن كانت متألمة إلى حين الإسقاط فالقول قولها، وإن لم تكن متألمة فالقول قوله مع يمينه كما لو ضرب إنسانًا فلم يبق متألمًا ولا ضمنًا، ومات بعد أيام، وإن اختلفا فى وجود التألم فالقول قوله، لأن الأصل عدمه وإن كانت متألمة فى بعض المدة فادعى أنها برئت وزال ألمها وأنكرت ذلك فالقول قولها، لأن الأصل بقاؤه، وإن ثبت إسقاطها من الضربة فادعت سقوطه حيًا وأنكرها فالقول قوله مع يمينه إلا أن تقوم لها بينة باستهلاله، لأن الأصل عدم ذلك وإن ثبتت حياته فادعت أنه لوقت يعيش مثله وأنكرها فالقول قولها مع يمينها، لأن ذلك لا يعرف إلا من جهتها ولا يمكن إقامة البينة عليه فقبل قولها فيه كانقضاء عدتها ووجود حيضها وطهرها وإن أقامت بينة باستهلاله وأقام الجانى بينة بعدم استهلاله قدمت بينتها، لأنها مثبتة فتقدم على النافية لأن المثبتة معها زيادة علم وإن ادعت أنه مات عقيب إسقاطه وادعى أنه عاش مدة فالقول قولها، لأن الأصل عدم حياته، وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة الجانى، لأن معها زيادة علم، وإن ثبت أنه عاش مدة فادعت أنه بقى متألمًا حتى مات وأنكر ذلك فالقول قوله لأن الأصل عدم التألم، وإن أقاما بينتين قدمت بينتها، لأن معها زيادة علم ويقبل فى استهلال الجنين وسقوطه وبقائه متألمًا

الحركة يجوز أن تكون لريح فى البطن سكنت فلا يجب الضمان بالشك، وأما إذا ألقته ميتًا فقد تحقق، والظاهر تلفه من الضربة فيجب ضمانه سواء ألقته فى حياتها أو بعد موتها، وبهذا قال الشافعى، وقال مالك وأبو حنيفة: إن ألقته بعد موتها لم يضمنه، لأنه يجرى مجرى أعضائها، وبموتها سقط حكم أعضائها.

ولنا: أنه جنين تلف بجنايته وعلم ذلك بخروجه كما لو سقط فى حياتها، ولأنه لو سقط حيًا ضمنه فكذلك إذا سقط ميتًا كما لو أسقطته فى حياتها، وما ذكروه غير صحيح، لأنه لو كان كذلك لكان إذا سقط ميتًا ثم ماتت لم يضمنه كإمضائها، ولأنه آدمى موروث فلا يدخل فى ضمان أمه كما لو خرج حيًا، فإن ظهر بعضه من بطن أمه ولم يخرج باقيه ففيه الغرة، وبه قال الشافعى، وقال مالك وابن المنذر: لا تجب حتى تلقيه، لأن النبى ﷺ إنما أوجب الغرة فى الجنين الذى ألقته المرأة، وهذه لم تلق شيئًا فأشبه ما لو لم يظهر منه شىء.

ولنا: أنه قاتل لجنينها فلزمته الغرة كما لو ظهر جميعه، ويفارق ما لو لم يظهر منه شىء، فإنه لم يتيقن قتله ولا وجوده، وكذلك إن ألقت يدًا أو رجلاً أو رأسًا أو جزءًا من أجزاء الآدمى تجب الغرة، لأنَّا تيقنا أنه من جنين، وإن ألقت رأسين أو أربع أيد لم يجب أكثر من غرة، لأن ذلك يجوز أن يكون من جنين واحد ويجوز أن يكون من جنينين فلم تجب الزيادة مع الشك، لأن الأصل براءة الذمة، ولذلك لم يجب ضمانه إذا لم يظهر، فإن أسقطت ما

وبقاء أمه متألمة قول امـرأة واحدة، لأنه مما لا يطلع عليـه الرجال فإن الغالب أنـه لا يشهد الولادة إلا النساء، والاستهـلال يتصل بها وهـن يشهدن حـال المرأة وولادتهـا وحال الطفل ويعرفن علله وأمراضه وقوته وضعفه دون الرجـال، وإن اعترف الجانى باستهلاله أو ما يوجب فيه دية كـاملة لم تحمله العاقلة، وكانت الدية فى مـال الجانى، لأن العاقلة لا تحمل اعـترافًا وإن كان مما تحمل العاقلة فيه الغرة فعلى العاقلة غرة وباقى الدية فى مال القاتل.

فــصل: وإن انفصل منها جنينان ذكر وأنثى فاستـهل أحدهما واتفقوا على ذلك واختلفوا فى المستهل فقال الجانى: هو الأنثى، وقال وارث الجنين: هو الذكر، فالقول قول الجانى مع يمينه، لأن الأصل عدم الاستهلال من الذكر وبراءة ذمتـه من الزائد على دية الأنثى، فإن كان لأحدهما بينة قدم بهـا، وإن كان لكل واحد منهما بينة وجبت دية الذكـر، لأن البينة قد قامت باستهلاله والبينة المعارضة لها نافية له والإثبات مقدم على النفى، **فإن قيل:** فينبغى أن تجب دية الذكر والأنثى، **قلـنا:** لا تجب دية الأنثى، لأن المستحق لها لم يدعها وهو مكذب للبينة الشاهدة بها، وإن ادعى الاستهلال منهما ثـبت ذلك بالبينتين وإن لم تكن بينة فاعترف الجانى باستهلال الذكر فأنكرت العاقلة فالقـول قولهم مع أيمانهم، فإذا حلفوا كانت عليهم دية الأنثى وغـرة إن كانت تحـمل الغرة، وعلى الضـارب تمام ديـة الذكر، وهو نصف الدية لا تحـمله العاقلة، لأنه ثبت باعترافه وإن اتفقوا على أن أحـدهما استهل ولم يعرف بعينه لزم العاقلة دية

ليس فيه صورة آدمى فلا شىء فيه، لأنه لا يعلم أنه جنين، وإن ألقـت مضغة فشهد ثقات من القوابل أن فيـه صورة خفية فـفيه غرة، وإن شهـدن أنه مبتدأ خلق آدمى لو بقى تصور، فـفيه وجهان: **أصحهـما:** لا شىء فيه، لأنه لم يتصور فلم يجب فيه شىء كالعلقة، ولأن الأصل براءة الذمة فلا نشـغلها بالشك، **والثـانى:** فيه غرة، لأنه مبتـدأ خلق آدمى أشبة ما لو تصور، وهذا يبطل بالمضغة والعلقة.

فصل: والغرة عبد أو أمة، وهو قول أكثر أهل العلم، وقال عروة وطاوس ومجاهد: عبد أو أمة أو فرس، لأن الغرة اسم لذلك، وقد جاء فى حديث أبى هريرة، قال: قضى رسول الله ﷺ فى الجنين بغرة أو أمة أو فرس أو بغل(27)، وجعل ابن سيرين مكان الفرس مائة شاة، ونحوه قال الشعبى، لأنه روى فى حـديث النبى ﷺ أنه جعل فى ولدها مائة شاة، رواه أبو داود(28)، وروى عن عبد الملك بن مروان أنه قضى فى الجنين إذا أملص بعشرين دينارًا، فإذا

---

(27) أخرجه أبو داود فى «الديات» (٤/ ٤٥٧٩) وقـال: روى هذا الحديث حماد بن سلمة وخـالد بن عبد الله عن محمـد بن عمر ولم يذكر أن «أو فرس أو بغـل». اهـ. والترمذى فى «الديات» (٤/ ١٤١٠) وقال: وبعـضهم قال: «أو فرس أو بغل» «وهو شـاذ» وذكره ابن عبـد البر فى «التمهـيد» (٧/ ١١١) وقال الحافظ فى الفتح: أشار البيهقى إلى أن ذكر الفرس فى المرفوع وهم، وأن ذلك أدرج من بعض رواته على سبيل التفسير للغرة. اهـ. بتصرف.

(28) أخرجه أبو داود فى كتاب «الديات» (٤/ ٤٥٧٨) وذكره الألبانى فى ضعيف أبى داود (٩٩٤).

أنثى، لأنها متيقنة وتمام دية الذكر مشكوك فيه والأصل براءة الذمة منه فلم يجب بالشك ويجب الغرة فى الذى لم يستهل.

فصل: إذا ضربها فألقت يدًا ثم ألقت جنينًا، فإن كان إلقاؤهما متقاربًا أو بقيت المرأة متألمة إلى أن ألقته دخلت اليد فى ضمان الجنين، لأن الظاهر أن الضرب قطع يده وسرى إلى نفسه فأشبه ما لو قطع يد رجل وسرى القطع إلى نفسه ثم إن كان الجنين سقط ميتًا أو حيًا لا يعيش لمثله ففيه غرة وإن ألقته حيًا لوقت يعيش لمثله ففيه دية كاملة وإن بقى حيًا فلم يمت فعلى الضارب ضمان اليد بديتها بمنزلة من قطع يد رجل فاندملت، وقال القاضى وبعض أصحاب الشافعى: يسأل القوابل فإن قلن إنها يد من لم تخلق فيه الحياة ففيها نصف الغرة، وإن قلن: يد من خلقت فيه الحياة ففيها نصف الدية.

ولنا: أن الجنين إنما يتصور بقاء الحياة فيه إذا كان حيًا قبل ولادته بمدة طويلة أقلها شهران على ما دل عليه حديث الصادق المصدوق، فى أنه تنفخ فيه الروح بعد أربعة أشهر(٨٤) وأقل ما يبقى بعد ذلك شهران، لأنه لا يحيى إذا وضعته لأقل من ستة أشهر، والكلام مفروض فيما إذا لم يتخلل بين الضربة والإسقاط مدة تزيل ظن سقوطه بها فيعلم حينئذ أنها كانت بعد وجود الحياة فيه، وأما إن ألقت اليد وزال الألم ثم ألقت الجنين ضمن اليد وحدها بمنزلة من قطع يدًا فاندملت ثم مات صاحبها ثم ننظر، فإن ألقته ميتًا أو لوقت لا

كان مضغة فأربعين فإذا كان عظمًا فستين فإذ كان العظم قد كسى لحمًا فثمانين، فإن تم خلقه وكسى شعره فمائة دينار، وقال قتادة: إذا كان علقة فثلث غرة وإذا كان مضغة فثلثى غرة.

ولنا: قضاء رسول الله ﷺ فى إملاص المرأة بعبد أو أمة وسنة رسول الله ﷺ قاضية على ما خالفها، وذكر الفرس والبغل وهم، انفرد به عيسى بن يونس عن سائر الرواة، وهو متروك فى البغل بغير خلاف فكذلك فى الفرس، والحديث الذى ذكرناه أصح ما روى فيه، وهو متفق عليه، وقد قال به أكثر أهل العلم فلا يلتفت إلى ما خالفه، وقول عبد الملك بن مروان تحكم بتقدير لم يرد به الشرع، وكذلك قتادة، وقول رسول الله ﷺ أحق بالاتباع من قولهما إذا ثبت هذا فإنه يلزمه الغرة، فإن أراد دفع بدلها، ورضى المدفوع إليه جاز، لأنه حق آدمى فجاز ما تراضيا عليه وأيهما امتنع من قبول البدل فله ذلك، لأن الحق لهما فلا يقبل بدلها إلا برضاهما.

فصل: وقيمة الغرة خمس من الإبل، وذلك نصف عشر الدية، روى ذلك عن عمر وزيد رضي الله عنهما، وبه قال النخعى والشعبى وربيعة ومالك والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى، ولأن ذلك أقل ما قدره الشرع فى الجنايات، وهو أرش موضحة ودية السن فرددناه إليه، فإن قيل:

---

(٨٤) حديث متفق عليه: أخرجه البخارى فى «بدء الخلق» (٦/ ح٣٢٠٨/ فتح) ومسلم فى «القدر» (٤/ ١/ ٢٠٣٦) من حديث عبد الله بن مسعود.

يعيش مثله ففى اليـد نصف غرة، لأن جميعه غرة ففى يده نصف ديتـه، وإن ألقته حيّا لوقت يعيش مثله ثـم مات أو عاش وكان بين إلقاء اليـد وبين إلقائه مدة يحتمـل أن تكون الحياة لم تخلق فيها أرى القوابل هٰهنا، فإن قلن: إنهـا يد من لم تخلق فيها الحياة وجب نصف غرة، وإن قلن: إنها يد من خلقت فيه الحياة ومضى له ستـة أشهر ففيه نصف الدية، وإن قيل: إنها يد من خلقت الحياة ولم تمض له ستة أشهر وجب فيه نصف غرة لأنـها يد من لا يجب فيه أكثر من غرة فـأشبهت يد من لم ينفخ فيه روح، وإن أشكل الأمـر عليهن وجب نصف الغرة لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك.

١٤٧٨- **مسألة:** قال: (وعلى كل من ضرب ممن ذكرت عتق رقبة مؤمنة سواء كان الجنين حيًا أو ميتًا).

هذا قـول أكـثر أهل الـعلم منهم الحـسن وعطاء والزهرى والحكم ومـالك والشـافـعى وإسـحاق، قـال ابن المنذر(٨٥) كل من نحـفظ عنه من أهل العلم أوجب على ضـارب بطن المـرأة تلقى جنينًا الرقبـة مع الغرة، وروى ذلك عن عـمر ﷺ، وقـال أبو حنيفـة لا تجب الكفارة لأن النبى ﷺ لم يوجب الكفارة حين أوجب الغرة.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ (النساء: ٩٢) وقال: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ (النساء: ٩٢) وهذا الجنين إن كان من مؤمنين أو أحد أبويه فهو محكوم بإيمانه تبعًا يرثه ورثته المؤمنون، ولا يرث الكافر منه شيئًا، وإن كـان من أهل الذمة فهو من قوم بيننا وبينهم ميثـاق، ولأنه نفس مضمون بالدية

فقد وجب فى الأنملة ثلاثة أبعرة، وثلث ذلك دون ما ذكروه، **قلنا:** الذى نص عليه صاحب الشريعة ﷺ أرش الموضـحة وهو خمس من الإبل، وإذا كان أبوا الجنين كتابيين فـفيه غرة قيمتها نصف قيمة الغرة الواجبة فى المسلم، وفى جنين المجوسية غرة قيمتها أربعون درهمًا، فأما تعذر وجـود غرة بهذه الدراهم وجبت الدراهم، لأنه موضع حاجـة وإذا اتفق نصف عشر الدية من الأصول كلها، بأن تكون قيمتها خمسًا من الإبل وخمسين دينارًا أو ستمائة درهم فلا كلام، وإن اختلفت قيـمة الإبل ونصف عشر الدية من غيرها مثل أن كانت قـيمة الإبل أربعين دينارًا أو أربعمائة درهم فظاهر كلام الخرقى أنهـا تقوم بالإبل، لأنها الأصل، وعلى قول غيره من أصحابنا تقوم بالذهب أو الورق فتـجعل قيمتها خمسين دينارًا أو ستـمائة درهم فإن اختلفا قومـت على أهل الذهب به وعلى أهل الورق به، فإن كـان من أهل الذهب والورق جـميـعًا قومها من هى عليـه بما شاء منهما، لأن الخيرة إلى الجانى فى دفع مـا شاء من سائر الأصول ويحتمل أن تقـوم بأدناهما على كل حال لذلك وإذا لم يجد الغـرة انتقل إلى خمس من الإبل على قول الخرقى وعلى قول غيره ينتقل إلى خمسين دينارًا أو ستمائة درهم.

---

(٨٥) أجمع أهل العلم، انظر الإجماع لابن المنذر (ص١٤٣/ ٧١٣).

فوجبت فيه الرقبة كالكبير وترك ذكر الكفارة لا يمنع وجوبها كقوله ﷺ: «فى النفس المؤمنة مائة من الإبل»[٨٦] وذكر الدية فى مواضع ولم يذكر الكفارة، ولأن النبى ﷺ قضى بدية المقتولة على عاقلة القاتلة[٨٧] ولم يذكر كفارة وهى واجبة كذا هنهنا وإنما كان كذلك، لأن الآية أغنت عن ذكر الكفارة فى موضع آخر فاكتفى بها، وإن ألقت المضروبة أجنة ففى كل جنين كفارة كما أن فى كل جنين غرة أو دية، وإن اشترك جماعة فى ضرب امرأة فألقت جنينًا فديته أو الغرة عليهم بالحصص وعلى كل واحد منهم كفارة كما إذا قتل جماعة رجلاً واحدًا، وإن ألقت أجنة فدياتهم عليهم بالحصص وعلى كل واحد فى كل جنين كفارة فلو ضرب ثلاثة بطن امرأة فألقت ثلاثة أجنة فعليهم تسع كفارات على كل واحد ثلاثة.

١٤٧٩- مسألة: قال: **(وإذا شربت الحامل دواء فألقت به جنينًا فعليها غرة لا ترث منها شيئًا وتعتق رقبة)**.

ليس فى هذه الجملة اختلاف بين أهل العلم نعلمه إلا ما كان من قول من لم يوجب عتق الرقبة على ما قدمنا، وذلك لأنها أسقطت الجنين بفعلها وجنايتها فلزمها ضمانه بالغرة كما لو جنى عليه غيرها ولا ترث من الغرة شيئًا، لأن القاتل لا يرث المقتول وتكون الغرة لسائر ورثته وعليها عتق رقبة كما قدمنا، ولو كان الجانى المسقط للجنين أباه أو غيره من ورثته فعليه غرة لا يرث منها شيئًا ويعتق رقبة، وهذا قول الزهرى والشافعى وغيرهما.

فصل: **والغرة موروثة عنه كأنه سقط حيًا،** لأنها دية له وبدل عنه فيرثها ورثته كما لو قتل بعد الولادة، وبهذا قال مالك وأصحاب الرأى، وقال الليث: لا تورث بل يكون بدله لأمه كعضو من أعضائها فأشبه يدها.

ولنا: أنها آدمى حر فوجب أن تكون موروثة عنه كما لو ولدته حيًا ثم مات، وقوله: إنه كعضو من أعضائها لا يصح، لأنه لو كان عضوًا لدخل بدله فى دية أمه كيدها ولما منع من القصاص من أمه وإقامة الحد عليها من أجله ولما وجبت الكفارة من أجله بقتله ولما صح عتقه دونها ولا عتقها دونه، ولأن كل نفس تضمن بالدية تورث كدية الحى، فعلى هذا إذا أسقطت جنينًا ميتًا ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من الغرة ثم يرثها ورثتها، وإن أسقطته حيًا ثم مات قبلها ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من ديته ثم يرثها ورثتها، وإن ماتت قبله ثم ألقته ميتًا لم يرث أحدهما صاحبه، وإن خرج حيًا ثم ماتت قبله ثم مات، أو ماتت ثم خرج حيًا ثم مات ورثها ثم يرثه ورثته، وإن اختلف وراثهما فى أولهما موتًا فحكمهما حكم الغرقى على ما ذكر فى موضعه، ويجىء على قول الخرقى فى المسألة التى ذكرها إذا ماتت امرأة وابنها أن يخلف ورثة كل واحد منهما ويختصموا بميراثه، وإن ألقت جنينًا ميتًا أو حيًا ثم مات ثم ألقت آخر حيًا ففى الميت غرة وفى الحى الأول دية إذا كان سقوطه لوقت يعيش مثله، ويرثهما الآخر ثم

---

(٨٦) تقدم فى أول الكتاب برقم (١).

(٨٧) تقدم تخريجه فى مسألة (١٤١٨/ ٣١).

فـــصل: وإن جنى على بهيمة فـألقت جنينها ففيه ما نقصهـا فى قول عامة أهل العلم، وحكى عن أبى بكر أن فيـه عشر قيمة أمـه لأنه جناية على حيوان يملك بيعـه أسقطت جنينه أشبـه جنين الأمة، وهذا لا يصح لأن الجنـاية على الأمة تقدر من قـيمـتها فـفى يدها نصف قيمتها، وفى موضحتها نصف عشر قيمتهـا بقدر الجناية من قيمتها كبعض أعضائها، والبهيمة إنما يجب فى الجناية عليها قدر نقصهـا فكذلك فى جنينها، ولأن الأمة آدمية ألحقت بالأحرار فى تقدير أعضائها من ديتها والبهيمة بخلاف ذلك.

١٤٨٠- **مسألة:** قال: (**وإذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر فقتل رجلاً فعلى عاقلة كل واحد منهم ثلث الدية وعلى كل واحد منهم عتق رقبة مؤمنة فى ماله**).

أما عتق رقبة على كل واحد منهم فلا نعلم فيه خلافًا بين أهل العلم، لأن كل واحد منهم مشـارك فى إتلاف آدمى معـصوم والكفارة لا تتـبعض فكملت فى حق كل واحـد منهم ثم لا يخلو من حالين: **أحدهما:** أن يقتل واحدًا منهم، **والثانى:** أن يقتل واحدًا من غيرهم فعلى كل واحد عتق رقـبة كما ذكـرنا والدية على عواقلهم أثلاثًا، لأن العاقلة تحمـل الثلث فما زاد سواء قصدوا رمى واحد بعينه أو رمى جمـاعة أو لم يقصدوا ذلك إلا أنهم إن لم يقصدوا قتل آدمى معصوم فهـو خطأ ديته دية الخطأ وإن قصدوا رمى جماعة أو واحد بعينه فـهو شبه عمد لأن قصد الواحد بعينه بالمنجنيق لا يكاد يفضـى إلى إتلافه فتكون ديته مغلظة على العاقلة إلا

يرثه ورثته إن مات، وإن كانت الأم قد ماتت بعد الأول وقبل الثانى، فإن دية الأول ترث منها الأم والجنين الثـانى ثم إذا ماتت الأم ورثهـا الثانى ثم يصير ميـراثه لورثته، فـإن ماتت الأم بعدهما ورثتهما جميعًا.

فـصل: إذا ضرب بطن امرأة فألقت أجنة ففى كل واحد غرة، وبهذا قال الزهرى ومالك والشافعى وإسحاق، وابن المنذر قال: ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم، وذلك لأنه ضمان آدمى فتعدد بتعدده كالديات، وإن ألقتهم أحـياء لوقت يعيشون فى مثله ثم ماتوا ففى كل واحد منهم دية كاملة، وإن كان بعضهم حيّا فمات وبعضهم ميتًا ففى الحى دية وفى الميت غرة.

فـــصل: ويستـوى فى ذلك الذكر والأنثى فى أنه يجب فى كل واحـد غرة، لأن النـبى ﷺ قضى فى الجنين بغرة، وهو يطلق على الذكر والأنثى، ولأن المـرأة تساوى الذكر فيما دون الثلث.

19- **مسألة:** (**ولا يقبل فى الغرة خنثى ولا معيب ولا من له دون سبع سنين**).

وجـــملة ذلك: أن الغرة تجب سليـمة من العيوب، وإن قل العيـب، لأنه حيوان يجب بالشرع فلم يقبل فيه المعيب كالشاة فى الزكاة، ولأن الغرة الخيار، والمعيب ليس من الخيار، ولا يقبل فيها هرمـة ولا معيبة ولا خنثى ولا خصى، وإن كثرت قـيمته، لأن ذلك عيب، ولا من له دون سبع سنين، قاله القـاضى وأبو الخطاب وأصحاب الشافعى، لأنه مـحتاج إلى من

أنها فى ثلاث سنين، وعلى قول أبى بكر لا تحمل العاقلة دية شبه العمد فلا تحمله ههنا، والثانى: أن يصيب رجلاً منهم فعلى كل واحدة كفارة أيضًا ولا تسقط عمن أصابه الحجر، لأنه شارك فى قتل نفس مؤمنة والكفارة إنما تجب لحق الله تعالى فوجبت عليه بالمشاركة فى نفسه كوجوبها بالمشاركة فى قتل غيره، وأما الدية ففيها ثلاثة أوجه:

أحدها: أن على عاقلة كل واحد منهم ثلث ديته لورثة المقتول، لأن كل واحد منهم مشارك فى قتل نفس مؤمنة خطأ فلزمته ديتها كالأجانب وهذا ينبنى على إحدى الروايتين فى أن جناية المرء على نفسه أو أهله خطأ يحمل عقلها عاقلته.

الوجه الثانى: ما قبل فعل المقتول ساقط لا يضمنه أحد، لأنه شارك فى إتلاف حقه فلم يضمن ما قابل فعله كما لو شارك فى قتل بهيمته أو عبده وهذا الذى ذكره القاضى فى المجرد ولم يذكر غيره وهو مذهب الشافعى.

الثالث: أن يلغى فعل المقتول فى نفسه وتجب ديته بكمالها على عاقلة الآخرين نصفين، قال أبو الخطاب: هذا قياس المذهب بناءً على مسألة المتصادمين، والذى ذكره القاضى أحسن وأصح فى النظر وقد روى نحوه عن على رضي الله عنه فى مسألة القارضة والقابضة والواقصة، قال الشعبى: وذلك أن ثلاث جوار اجتمعن فأرن فركبت إحداهن على عنق أخرى وقرصت

يكفله ويحضنه وليس من الخيار، وظاهر كلام الخرقى أن سنها غير مقدر، وهو قول أبى حنيفة، وذكر بعض أصحاب الشافعى أنه لا يقبل فيها غلام بلغ خمس عشرة سنة، لأنه لا يدخل على النساء ولا ابنة عشرين، لأنها تتغير وهذا تحكم لم يرد الشرع به فيجب أن لا يقبل وما ذكروه من الحاجة إلى الكفالة بأصل بمن فوق السبع، ولأن بلوغه قيمة الكبير مع صغره يدل على أنه خيار ولم يشهد لما ذكروه نص ولا له أصل يقاس عليه، والشاب البالغ أكمل من الصبى عقلاً وبنية وأقدر على التصرف وأنفع فى الخدمة وأقضى للحاجة، وكونه لا يدخل على النساء إن أريد به النساء الأجنبيات فلا حاجة إلى دخوله عليهن، وإن أريد به سيدته فليس بصحيح فإن الله تعالى قال: ﴿لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلاثَ مَرَّاتٍ﴾ إلى قوله: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ (النور: ٥٨) ثم لو لم يدخل على النساء لحصل من منعه أضعاف ما يحصل من دخوله وفوات شيء إلى ما هو أنفع منه لا يعد فواتًا كمن اشترى بدرهم ما يساوى درهمين لا يعد فواتًا ولا خسرانًا.

فصل: ولا يعتبر لون الغرة وذكر عن أبى عمرو بن العلاء أن الغرة لا تكون إلا بيضاء ولا يقبل عبد أسود ولا جارية سوداء.

ولنا: أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بعبد أو أمة وأطلق والسواد غالب على عبيدهم وإمائهم، ولأنه حيوان تجب ديته فلم يعتبر لونه كالإبل فى الدية.

الثالثة المـركوبة فقمـصت فسقطت الراكبة فـوقصت عنقها فمـاتت فرفع ذلك إلى على ﷺ فقضى بالدية أثلاثًا على عواقلهن وألغى الثلث الذى قابل فـعل الواقصة لأنها أعانت على قتل نفسها وهذه شبيـهة بمسألتنا ولأن المقتول مشارك فى القـتل فلم تكمل الدية على شريكيه كما لو قتلوا واحـدًا من غيرهم، وإن رجع الحجـر فقتل اثنين من الرماة فـعلى الوجه الأول تجبَ ديتهما على عواقلهما أثلاثًا وعلى كل واحد كفارتان وعلى الوجه الثانى تجب على عاقلة الحى منهم لكل ميت ثلث ديته وعلى عـاقلة كل واحد من الميتين ثلث دية صاحـبه ويلغى فعله فى نفسه، وعلى الوجـه الثالث على عاقلة الحى لكل واحد من الميـتين نصف الدية وتجب على عاقلة كل واحد من الميتين الدية لصاحبه.

١٤٨١- **مسألة:** قال: (وإن كانوا أكثر من ثلاثة فالدية حالة فى أموالهم) .

هذا هو الصحيح فى المذهب سواء كان المـقتول منهم أو من غيرهم إلا أنه إذا كان منهم

20- **مسألة:** (وإن كان الجنين مملوكًا ففيه عشر قيمة أمه ذكرًا كان أو أنثى) .

وجملـته: أنه إذا كان جنين الأمة مملوكًا فسقط من الضربة ميتًا ففيه عشر قيمة أمه، هذا قول الحسن وقـتادة ومالك والشافـعى وإسحاق وابن المنذر، وبنحوه قـال النخعى والزهرى، وقال زيد بن أسلم: يجب فـيه عشر قيـمة غرة وهو خمـسة دنانير، وقال الثورى وأبـو حنيفة وأصحابه: يجب فـيه نصف عشر قيـمته إن كان ذكرًا أو عـشر قيمتـه إن كان أنثى، لأن الغرة الواجبة فى جنـين الحرة هى نصف عشر دية الرجل وعـشر دية الأنثى، وهذا متلف فاعـتباره لنفسه أولى من اعتبار بأمه، ولأنه جنين مضمون تلف بالضربة فكان فيه نصف الواجب فيه إذا كان ذكرًا كبيـرًا أو عشر الواجب إذا كان أنثى كجنين الحرة، وقال محـمد بن الحسن: مذهب أهل المدينة يفضى إلى أن يجب فى الجنين الميت أكثر من قيمته إذا كان حيّا.

ولنا: أنه جنين مات بالجناية فى بطن أمه فلم يختلف ضـمانه بالذكورية والأنوثية كجنين الحرة، ودليلهم نقلبه عليهم، فنقول: جنين مضـمون تلف بالجناية فكان الواجب فيه عشر ما يجب فى أمه كجنـين الحرة، وما ذكروه من مخـالفة الأصل معارض بأن مذهـبهم يفضى إلى تفضيل الأنثى على الذكر وهو خلاف الأصول، ولأنه لو اعتبر بنفسه لوجبت قيمته كلها كسائر المضمونات بالقيمة ومخالفتهم أشد من مخالفتنا، لأننا اعتبرناه إذا كان ميتًا بأمه، وإذا كان حيّا بنفسه فجاز أن نزيد قيمة الميت على الحى مع اختلاف الجهتين كما جاز أن يزيد البعض على الكل فى أن من قطع أطراف إنسـان الأربعة كان الواجب عليـه أكثر من دية الـنفس كلها وهم فضلوا الأنثى على الذكـر مع اتحاد الجهة وأوجـبوا فيمـا يضمن بالقيمـة عشر قيـمة أمه تارة ونصف عشرها أخرى، وهذا لا نظير له، إذا ثبت هذ فإن قيمـة أمه معتبرة يوم الجناية عليها، وهذا منصوص الشافعى، وقـال بعض أصحابه: يقوم حين أسقطت، لأن الاعتـبار فى ضمان الجناية بالاستقرار ويتخرج لنا وجه مثل ذلك.

يكون فعل المقتول فى نفسه هدرًا، لأنه لا يجب عليه لنفسه شيء ويكون باقى الدية فى أموال شركائه حالاً، لأن التأجيل فى الديات إنما يكون فيما تحمله العاقلة وهذا لا تحمله العاقلة، لأنها لا تحمل ما دون الثلث والقدر اللازم لكل واحد دون الثلث، وذكر أبو بكر فيها رواية أخرى أن العاقلة تحملها، لأن الجناية فعل واحد أوجب دية تزيد على الثلث والصحيح هو الأول، لأن كل واحد منهم يختص بموجب فعله دون فعل شركائه وحمل العاقلة إنما شرع للتخفيف عن الجانى فيما يشق ويثقل، وما دون الثلث يسير على ما ألفناه والذى يلزم كل واحد أقل من الثلث، وأما قوله إنه فعل واحد قلنا: بل هى أفعال، لأن فعل كل واحد غير فعل الآخر، وإنما موجب الجميع واحد فأشبه ما لو جرحه كل واحد جرحًا فأتت النفس بجميعها، إذا ثبت هذا فالضمان يتعلق بمن مد الحبال ورمى الحجر دون وضعه فى الكفة وأمسك الخشبة اعتبارًا بالمباشر كمن وضع سهمًا فى قوس رجل ورماه صاحب القوس فالضمان على الرامى دون الواضع.

ولنا: أنه لم يتخلل بين الجناية وحال الاستقرار ما يوجب تغيير بدل النفس فكان الاعتبار بحال الجناية كما لو جرح عبدًا ثم نقصت السوق لكثرة الجلب ثم مات، فإن الاعتبار بقيمته يوم الجناية، ولأن قيمتها تتغير بالجناية وتنقص فلم تقوم فى حال نقصها الحاصل بالجناية كما لو قطع يدها فماتت من سرايتها أو قطع يدها فمرضت بذلك ثم اندملت جراحتها.

فصل: وولد المدبرة والمكاتبة والمعتقة بصفة وأم الولد إذا حملت من غير مولاها حكمه حكم ولد الأمة، لأنه مملوك فأما جنين المعتق بعضها فهو مثلها فيه من الحرية مثل ما فيها، وإذا كان نصفها حرًا فنصفه حر فيه نصف غرة لورثته، وفى النصف الباقى نصف عشر قيمة أمه لسيده.

فصل: وإن وطئ أمة بشبهة أو غر بأمة فتزوجها وأحبلها فضربها ضارب فألقت جنينًا فهو حر وفيه غرة موروثة عنه لورثته، وعلى الواطئ عشر قيمتها لسيدها، لأنه لولا اعتقاد الحرية لكان هذا الجنين مملوكًا لسيده على ضاربه عشر قيمة أمه فلما انعتق بسبب الوطء فقد حال بين سيدها وبين هذا القدر فألزمناه ذلك للسيد سواء كان بقدر الغرة أو أكثر منها أو أقل.

فصل: إذا سقط جنين ذمية قد وطئها مسلم وذمى فى طهر واحد وجب فيه اليقين وهو ما فى الجنين الذمى، فإن ألحق بعد ذلك بالذمى، فقد وفى ما عليه، وإن ألحق بمسلم فعليه تمام الغرة، وإن ضرب بطن نصرانية فأسقطت فادعت أو ادعى ورثته أنه من مسلم حملت به من وطء شبهة أو زنا فاعترف الجانى فعليه غرة كاملة، وإن كان مما تحمله العاقلة فاعترفت أيضًا فالغرة عليها، وإن أنكرت حلفت وعليها ما فى جنين الذميين والباقى على الجانى، لأنه ثبت باعترافه والعاقلة لا تحمل اعترافًا، وإن اعترفت العاقلة دون الجانى فالغرة عليها مع دية أمه، وإن أنكر الجانى والعاقلة فالقول قولهم مع إيمانهم: إنا لا نعلم أن هذا الجنين من مسلم

فـصل: إذا سقط رجل فى بئر فسقط عليه آخـر فقتله فعليه ضمانه، لأنه قتله فضمنه كما لو رمى عليـه حجرًا، ثم يـنظر فإن كان عـمد رمى نفـسه عليـه وهو ممـا يقتل غـالبًا فعـليه القصاص، وإن كان مما لا يقتل غالبًا فهو شبه عمد وإن وقع خطأ فالدية على عاقلته مخففة، وإن مات الثانى بوقوعه على الأول فدمه هدر لأنه مات بفعله وقد روى على بن رباح اللخمى أن رجلاً كان يقود أعمى فوقع فى بئر فخر البصير ووقع الأعمى فوق البصير فقتله فقضى عمر بعقل البصير على الأعمى فكان الأعمى ينشد فى الموسم:

* يَا أيـهـــا النـاس لقـــيـت منكرا *
* هل يعقل الأعـمى الصحيح المبـصرا؟ *
* خـــراً مـعًـــا كـلاهـمـا تكسـرا(٨٨) *

وهذا قول ابن الزبيـر وشريح والنخـعى والشافعى وإسـحاق، ولو قال قـائل: ليس على الأعمى ضمـان البصير، لأنه الذى قـاده إلى المكان الذى وقعا فـيه وكان سبب وقوعـه عليه ولذلك لو فعله قصدًا لم يضمنه بغير خلاف وكـان عليه ضمان الأعمى، ولو لم يكن سببًا لم يلزمه ضـمان بقصـده لكان له وجه إلا أن يكون مجـمعًا عليـه فلا تجوز مـخالفة الإجـماع،

ولا يلزمهما اليـمين مع البت، لأنها يمين على النفى فى فعل الغير، فـإذا اختلفوا وجبت دية ذمى، لأن الأصل أن ولدها تابع لها، ولأن الأصل براءة الذمة، وإن كان مما لا تحمله العاقلة فالقول قول الجانى وحده مع يمينه، ولو كـانت النصرانية امرأة مسلم فادعى الجانى أن الجنين من ذمى بوطء شبهة أو زنا فالقول قـول ورثة الجنين، لأن الجنين محكوم بإسلامه، فإن الولد للفراش.

فـصل: إذا كانت الأمة بين شريكين فحملت بمملوك فضـربها أحدهما فأسقطت فعليه كفارة، لأنه أتلف آدميًا ويضمن لشريكه نصف عشر قيمة أمه ويسقط ضمان نصيبه، لأنه ملكه وإن أعتقـها الضارب بعد ضربهـا وكان معسـرًا ثم أسقطت عتق نصيبـه منه ومن ولدها وعليه لشريكه نصف عشـر قيمة الأم، وعليه نصف غـرة من أجل النصف الذى صار حرًا يورث عنه بمنزلة مال الجنيـن ترث أمه منه بقدر ما فـيها من الحـرية والباقى لورثته، هذا قـول القاضى وقياس قول ابن حامد، وهو مذهب الشافعى وقياس قول أبى بكر وأبى الخطاب لا يجب على الضارب ضمان ما أعتقه، لأنه حين الجناية لم يكن مضمونًا عليه، والاعتبار فى الضمان بحال الجناية، وهى الضـرب، ولهذا اعتـبرنا قيـمة الأم حال الضـرب، وهذا قول بعض أصـحاب الشافعى، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى، لأن الإتلاف حصل بفعل غير مضمون فأشبه ما لو جرح حـربيًا فأسلم ثـم مات بالسراية، ولأن مـوته يحتمل أن يكـون قد حصل بالضـرب فلا

---

(٨٨) أخرجه الدارقطنى فى «السنن» (٣/ ٩٨، ٩٩) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ١١٢) وقال: إسناده منقطع.

ويحتمل أنه إنما لم يجب الضمان على القائد لوجهين: أحدهما: أنه مأذون فيه من جهة الأعمى فلم يضمن ما تلف به كما لو حفر له بئرًا فى داره بإذنه فتلف بها، الثانى: أنه فعل مندوب إليه مأمور به فأشبه ما لو حفر بئرًا فى سابلة ينتفع بها المسلمون فإنه لا يضمن ما تلف بها.

فصل: فإن سقط رجل فى بئر فتعلق بآخر فوقعا معًا فدم الأول هدر، لأنه مات من فعله وعلى عاقلته دية الثانى إن مات، لأنه قتله بجذبته، فإن تعلق الثانى بثالث فماتوا جميعًا فلا شيء على الثالث وعلى عاقلة الثانى ديته فى أحد الوجهين، لأنه جذبه وباشره وبالجذب والمباشرة تقطع حكم السبب كالحافز مع الدافع، والثانى: ديته على عاقلة الأول والثانى نصفين، لأن الأول جذب الثانى الجاذب للثالث فصار مشركًا للثانى فى إتلافه، ودية الثانى على عاقلة الأول فى أحد الوجهين لأنه هلك بجذبته، وإن هلك بسقوط الثالث عليه فقد هلك بجذبة الأول وجذبة نفسه للثالث فسقط فحل،نفسه كالمصطدمين وتجب ديته بكمالها

يتجدد ضمانه بعد موته والأصل براءة ذمته، وإن كان المعتق موسرًا سرى العتق إليها وإلى جنينها، وفى الضمان الوجهان فعلى قول القاضى فى الجنين غرة موروثة عنه، وعلى قياس قول أبى بكر عليه ضمان نصيب شريكه من الجنين بنصف عشر قيمة أمه ولا يضمن أمه، لأنه قد ضمنها بإعتاقها فلا يضمنها بتلفها، وإن كان المعتق الشريك الذى لم يضرب وكان معسرًا فلا ضمان على الشريك فى نصيبه، لأن العتق لم يسر إليه، وعليه فى نصيب شريكه من الجنين نصف غرة يرثها ورثته على قول القاضى، وعلى قياس قول أبى بكر: يضمن نصيب شريكه بنصف عشر قيمة أمه ويكون لسيده اعتبارًا بحال الجناية، وكذلك الحكم فى ضمان الأم إذا ماتت من الضربة وإن كان المعتق موسرًا سرى العتق إليهما وصارا حرين وعلى المعتق ضمان نصف الأم ولا يضمن نصف الجنين لأنه يدخل فى ضمان الأم كما يدخل فى بيعها وعلى الضارب ضمان الجنين بغرة موروثة عنه على قول القاضى، وعلى قياس قول أبى بكر يضمن نصيب الشريك بنصف عشر قيمة أمه وليس عليه ضمان نصيبه لأنه ملكه حال الجناية عليه وأما ضمان الأم ففى أحد الوجهين فيها دية حرة لسيدها منها أقل الأمرين من ديتها أو قيمتها وعلى الآخر يضمنها بقيمتها لسيدها كما تقدم من قطع يد عبد ثم عتق ومات.

فصل: ولو ضرب بطن أمته ثم أعتقها ثم أسقطت جنينًا ميتًا لم يضمنه فى قياس قول أبى بكر لأن جنايته لم تكن مضمونة فى ابتدائها فلم تضمن سرايتها كما لو جرح مرتدًا فأسلم ثم مات ولأن موت الجنين يحتمل أنه حصل بالضربة فى مملوكه ولم يتجدد بعد العتق ما يوجب الضمان وعلى قول ابن حامد عليه غرة لا يرث منها شيئًا لأن اعتبار الجناية بحال استقرارها، ولو كانت الأمة لشريكين فضرباها ثم أعتقاها معًا فولدت جنينًا ميتًا فعلى قول أبى بكر على كل واحد منهما نصف عشر قيمة أمه لشريكه، لأن كلاً منهما جنى على الجنين ونصفه

على الأول ذكره القاضى، والوجه الثانى: يجب على الأول نصف ديته ويهدر نصفها فى مقابلة فعل نفســه، وهذا مذهب الشافعى، ويتـخرج وجه ثالث وهو وجوب نصف ديتـه على عاقلته لورثتـه كمـا قلنا فيـما إذا رمى ثلاثة بالمنجنيـق فقتـل الحجـر أحدهم، وأمـا الأول إذا مات بوقوعهما عليه ففيه الأوجه الثلاثة، لأنه مات من جذبته وجذبة الثانى للثالث فتجب ديته كلها على عاقلة الثانى ويلغى فـعل نفسه على الوجه الأول، وعلى الثانى يهدر نصـف ديته المقابل لفعل نفســه ويجب نصفها على الثانى، وعلـى الثالث يجب نصفها على عـاقلته لورثته، وإن جذب الثالث رابعـًا فمات جميـعهم بوقوع بعضـهم على بعض فلا شىء على الرابع، لأنه لم يفعل شيئًا فى نفسه ولا غيره، وفى ديته وجهان:

أحدهـما: أنها على عاقلة الثالث والمـباشر لجذبه، والثـانى: على عاقلـة الأول والثانى والثالث، لأنه مات من جذب الثلاثة فكانت ديته على عـواقلهم، وأما الأول فقد مات بجذبته وجذبة الثانى وجذبة الثـالث ففيه ثلاثة أوجه: أحـدها: أنه يلغى فعل نفـسه وتجب ديته على

لشريكه فسقط عنه ضمانه ولزمه ضمان نصفه الذى لشريكه بنصف عشر قيمة أمه اعتباراً بحال الجناية وعلى قول ابن حامد على كل واحد منهمـا نصف الغرة للأم منها الثلث وباقيها للورثة ولا يرث القاتل منها شيئًا.

21- **مسألة:** (وإن ضرب بطن أمه فعتقت ثم أسقطت الجنين ففيه غرة).

على قول ابن حامـد والقاضى لأنه كان حرّاً اعتـباراً بحال الاستـقرار وعلى قول أبى بكر وأبى الخطاب فيه عشر قـيمة أمه اعتباراً بحلل الجناية لأنها كـانت فى حال كونه عبدًا ويمكن منع كونه صار حرّاً لأن الظاهر تلفه بالجناية وبعد تلفه لا يمكن تحريرة فعلى قول هذين يكون الواجب فيه لسيده وعـلى قول ابن حامد يكون الواجب فيه أقل الأمرين من الغرة وعـشر قيمة أمه، لأن الغرة إن كانت أكثر لم يسـتحق الزيادة لأنها زادت بالحرية الحاصلة لزوال ملكه وإن كانت أقل لم يكن له أكـثر منها، لأن النقص حصل بإعتـاقه لا يضمن له كمـا لو قلع يد عبد فأعتقه سيده ثم مات بسراية الجناية كـان له أقل الأمرين من دية حر أو نصف قيمته وما فضل عن حق السيد لورثـة الجنين فأما إن ضرب بطن الأمة فـأعتق السيد جنينهـا وحده نظرت فإن أسقطته حيّا لوقت يعيش مثله ففيه دية حـر نص عليه أحمد وإن كان لوقت لا يعيش مثله ففيه غرة لأنه حر على قول ابن حامد وعلى قول أبى بكر عليه عشر قيـمة أمه وإن أسقطته ميتًا ففيه عشر قيـمة أمه لأننا لا نعلم كونه حيّـا حال إعتاقه ويحتـمل أن تجب عليه الغرة، لأن الأصل بقاء حياته فأشبه ما لو أعتق أمه.

فـصل: إذا ضرب ابن المعتقة الذى أبوه عـبد بطن امرأة ثم عتق أبوه ثم أسقطت جنينًا وماتت احتمل أن تكون ديتها فى مال الجانى على ما تقدم ذكره، واحتمل أن تكون الدية على مولى الأم وعصباته فى قـياس قول أبى بكر اعتباراً بحال الجناية، وعلى قـياس قول ابن حامد

عاقلة الثانى والثالث نصفين، **الثانى**: يجب على عاقلتهما ثلثاها ويسقط ما قابل فعل نفسه، **الثالث**: يجب ثلثها على عاقلته لورثته، وأما الجاذب الثانى فقد مات بالأفعال الثلاثة وفيه هذه الأوجه المذكورة فى الأول سواء، وأما الثالث ففيه مثل هذه الأوجه الثلاثة ووجهان آخران: أحدهما: أن ديته بكمالها على الثالث لأنه المباشر لجذبه فسقط فعل غيره بفعله، **والثانى**: أن على عاقلته نصفها ويسقط النصف الثانى فى مقابلة فعله فى نفسه.

فصل: وإن وقع بعضهم على بعض فماتوا نظرت فإن كان موتهم بغير وقوع بعضهم على بعض مثل أن يكون البئر عميقًا يموت الواقع فيه بنفس الوقوع أو كان فيه ماء يغرق الواقع فيقتله أو أسد يأكلهم فليس على بعضهم ضمان بعض لعدم تأثير فعل بعضهم فى هلاك بعض، وإن شككنا فى ذلك لم يضمن بعضهم بعضًا، لأن الأصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك، وإن كان موتهم بوقوع بعضهم على بعض فدم الرابع هدر، لأن غيره لم يفعل فيه شيئًا وإنما هلك بفعله وعليه دية الثالث، لأنه قتله بوقوعه عليه ودية الثانى عليه وعلى الثالث نصفين ودية الأول على الثلاثة أثلاثًا.

على مولى الأب وأقاربه اعتبارًا بحال الإسقاط، وإن ضرب ذمى بطن امرأته الذمية ثم أسلم أسقطت لم تحمله عاقلته وإن ماتت معه فكذلك، لأن عاقلته المسلمين لا يعقلون عنه، لأنه كان حين الجناية ذميًا، وأهل الذمة لا يعقلون عنه، لأنه حين الإسقاط مسلم ويحتمل أن يكون عقله على عاقلته من أهل الذمة فى قياس قول أبى بكر اعتبارًا بحال الجناية ويكون فى الجنين ما يجب فى الجنين الكافر، لأنه حين الجناية محكوم بكفره، وعلى قياس قول ابن حامد يجب فيه غرة كاملة ويكون عقله وعقل أمه على عاقلته المسلمين اعتبارًا بحال الاستقرار.

22- **مسألة**: **(وإن كان الجنين محكومًا بكفره ففيه عشر دية)**.

وبهذا قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى، قال ابن المنذر: لم أحفظ عن غيرهم خلافهم، لأن جنين الحرة المسلمة مضمون بعشر دية أمه فكذلك جنين الكافرة إلا أصحاب الرأى يرون دية الكافرة كدية المسلمة فلا يتحقق عندهم بينهما اختلاف.

23- **مسألة**: **(وإن كانت أحد أبويه كتابيًا والآخر مجوسيًا اعتبر أكثرهما دية فيجب عشر دية كتابية على كل حال)**.

لأن ولد المسلم من الكافرة يعتبر بأكثرهما دية كذا ههنا، ولأن الضمان إذا وجد فى أحد أبويه ما يوجب وفى الآخر ما يسقط غلب الإيجاب بدليل ما لو قلنا قتل المحرم صيدًا متولدًا من مأكول وغيره، ولا فرق فيما ذكرنا بين الذكر والأنثى، لأن السنة لم تفرق بينهما، وبه يقول الشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وعامة أهل العلم.

فصل: ولو ضرب بطن كتابية حامل من كتابى فأسلم أحد أبويه ثم أسقطته ففيه الغرة فى

فصل: وإن هلكوا بأمر فى البئر مثل أسد كان فيه وكان الأول جذب الثانى والثانى جذب الثالث والثالث جذب الرابـع فقتلهما الأسد فلا شيء على الرابع وديتـه على عاقلة الثالث فى أحد الوجهـين وفى الثانى على عواقل الثلاثة أثلاثًا، ودم الأول هدر وعلى عـاقلته دية الثانى، وأما دية الثـالث فعلى الثانى فى أحد الوجـهين وفى الآخر على الأول والثانى نصـفين، وهذه المسـألة تسمى مسألة الزبيـة، وقد روى حنش الصنعانى أن قـومًا من أهل اليمن حفـروا زبية للأسد فاجتمع الناس على رأسها فهوى فيهـا واحد فجذب ثانيًا فجذب الثانى الثالث ثم جذب الثالث رابعًـا فقتلهم الأسد فـرفع ذلك إلى على رضي الله عنه فقال للأول ربع الدية، لأنه هلك فـوقه ثلاثة وللثانى ثـلث الدية، لأنه هلك فوقه اثنان وللثـالث نصف الدية، لأنه هلك فوقـه واحد وللرابع كمـال الدية وقال: فـإنى أجعَل الدية على من حضـر رأس البئر فـرفع ذلك إلى النبى ﷺ فقال: «هو كما قـال» رواه سعيد بن منصور(٨٩)، قال حدثنا أبـو عوانة وأبو الأحوص عن سـماك بن حرب عـن حنش بنحو هذا المـعنى قال أبو الخطاب فـذهب أحمـد إلى ذلك توقيفًا على خلاف القياس والقياس ما ذكرناه.

قول ابن حامد والقاضى وهو ظاهر كلام أحمد ومـذهب الشافعى، لأن الضمان بحال استقرار الجناية والجنين محكوم بإسلامه عند استقـرارها وفى قول أبى بكر وأبى الخطاب فيه عشر دية كتابية، لأن الجناية عليه فى حال كفره.

24- **مـسألة:** (وإن سقط الجنين حيّا ثم مات ففيه دية حـر إن كان حرّا أو قيمته إن كان مملوكًا).

إذا كان سقـوطه لوقت يعيش مثله وهو أن تضعه لسـتة أشهر فصاعـدًا وإلا فحكمه حكم الميت هذا قول عـامة أهل العلم قال ابن المنذر أجمـع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن فى الجنين يسقط حـيّا من الضرب دية كاملة منهم زيد بن ثابت وعـروة والزهرى والشعبى وقتادة وابنه شبـرمة ومالك والشافعى وإسحاق وأبـو ثور وأصحاب الرأى وذلك لأنه مات من جنايته بعد ولادته فى وقت يعيش لمثله فأشبه قتله بعد وضعه وفى هذه المسائل ثلاثة فصول:

أحدها: أنه إنما يضمن بالدية إذا وضعته حيّا فمن علمت حياته ثبت له هذا الحكم سواء ثبت باستهلاله أو ارتضاعه أو تنفسه أو عطاسـه أو غير ذلك مما تعلم به حياته هذا ظاهر قول الخرقى وهو مـذهب الشافعى، وروى عن أحمـد أنه لا يثبت له حكم الحياة إلا بأن يـستهل وهذا قول الزهرى وقـتادة وإسحاق وروى مـعنى ذلك عن عمر وابن عبـاس والحسن بن على وجابر بن عبد الله رضي الله عنهم لقول النبى ﷺ: «إذا استهل المولود وَرِثَ ووُرِثَ»(29) مفهومه أنه لا يرث إذا لم يستهل، والاستهلال الصيـاح قاله ابن عباس والقاسم والنخعى لأن النبى ﷺ

---

(٨٩) أخرجه أحمد فى «مسنده» (١/ ٧٧) والبيهقى فى «السنن» (٨/ ١١١) وإسناده صحيح.

(29) سبق برقم (٨٢) مسألة رقم ١٤٧٧ مغنى.

فصل: ويجب الضمان بالسبب كما يجب بالمباشرة، فإذا حفر بئرًا فى طريق لغير مصلحة المسلمين أو فى ملك غيره بغير إذنه أو وضع فى ذلك حجرًا أو حديدة أو صب فيه ماء أو وضع فيه قشر بطيخ أو نحوه وهلك فيه إنسان أو دابة ضمنه، لأنه تلف بعدوانه فضمنه كما لو جنى عليه، روى عن شريح أنه ضمن رجلاً حفر بئرًا فوقع فيها رجل فمات، وروى ذلك عن على ﷺ، وبه قال النخعى والشعبى وحماد والثورى والشافعى وإسحاق، وإن وضع رجل حجرًا وحفر آخر بئرًا أو نصب سكينًا فعثر بالحجر فوقع فى البئر أو على السكين فهلك فالضمان على واضع الحجر دون الحافر وناصب السكين، لأن واضع الحجر كالدافع له، وإذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده، وبهذا قال الشافعى، ولو وضع رجل حجرًا ثم حفر عنده آخر بئرًا أو نصب سكينًا فعثر بالحجر فسقط عليهما فهلك احتمل أن يكون الحكم كذلك لما ذكرنا، واحتمل أن يضمن الحافر وناصب السكين، لأن فعلهما متأخر عن فعله فأشبه ما لو كان زق فيه مائع وهو واقف فحل وكاءه إنسان وأماله آخر فسال ما فيه كان

قال: «ما من مولود يولد إلا مسه الشيطان فيستهل صارخًا إلا مريم وابنها»(30) فلا يجوز غير ما قاله رسول الله ﷺ والأصل فى تسمية الصياح استهلالاً أن من عادة الناس إذا رأوا الهلال صاحوا وأراه بعضهم بعضًا فسمى صياح المولود استهلالاً لأنه فى ظهوره بعد خفائه كالهلال وصياحه كصياح من يتراآه.

ولنا: أنه قد علمت حياته فأشبه المستهل والخبر يدل بمعناه وتنبيهه على ثبوت الحكم فى سائر الصور فإن شربه اللبن أدل على حياته من صياحه وعطاسه ضرب منه فهو كصياحه، وأما الحركة والاختلاج المنفرد فلا يثبت به حكم الحياة لأنه قد يتحرك بالاختلاج وبسبب آخر وهو خروجه من مضيق فإن اللحم يختلج سيما إذا عصر ثم ترك فلم تثبت بذلك حياته.

الفصل الثانى: أنه إنما يجب ضمانه إذا علم موته بسبب الضربة ويحصل ذلك بسقوطه فى الحال أو موته أو بقاؤه متألمًا إلى أن يموت أو بقاء أمه متألمة إلى أن تسقطه فيعلم بذلك موته بالجناية كما لو ضرب رجلاً فمات عقيب ضربه أو بقى ضمنًا حتى مات، وإن ألقته حيًّا فجاء آخر فقتله وكانت فيه حياة مستقرة فعلى الثانى القصاص إذا كان عمدًا أو الدية كاملة وإن لم تكن فيه حياة مستقرة بل كانت حركته كحركة المذبوح فالقاتل هو الأول وعليه الدية كاملة ويؤدب الثانى، وإن بقى الجنين حيًّا وبقى زمنًا سالمًا لا ألم به لم يضمنه الضارب، لأن الظاهر أنه لم يمت فى جنايته.

الفصل الثالث: أن الدية إنما تجب فيه إذا كان سقوطه لستة أشهر فصاعدًا، فإن كان لدون ذلك ففيه غرة كما لو سقط ميتًا وبهذا قال المزنى، وقال الشافعى: فيه دية كاملة، لأننا علمنا حياته وقد تلف من جنايته.

---

(30) انظر رقم (٨٣) من كتاب المغنى.

الضمان على الآخر منهما، وإن وضع إنسان حجـرًا أو حديدة فى ملكه أو حفر فيه بئرًا فدخل إنسان بغير إذنه فـهلك به فلا ضمان على المالك، لأنه لم يتعـد، وإنما الداخل هلك بعدوان نفسه، وإن وضع حـجرًا فى ملكه ونصب أجنبى فيه سكينًا أو حـفر بئرًا بغير إذنه فـعثر رجل بالحجر فوقع على السكين أو فى البئر فالضمـان على الحافر وناصب السكين لتعديهما إذا لم يتعلق الضـمان بواضع الحجر لانـتفاء عدوانه، وإن اشـترك جماعـة فى عدوان تلف به شىء فالضـمان عليهم، وإن وضع اثنان حـجرًا وواحد حجـرًا فعثر بهـما إنسان فـهلك فالدية على عواقلهم أثلاثًا فى قـياس المذهب وهو قول أبى يوسف، لأن السبب حـصل من الثلاثة أثلاثًا فوجب الضمان عليهم وإن اختلفت أفعالهم كما لو جرحه واحد جرحين وجرحه اثنان جرحين فمـات بهما، وقـال زفر: على الاثنين النصف وعلى واضع الحـجر وحده الـنصف لأن فعله مساو لفعلهما، وإن حفر إنسان بئرًا ونـصب آخر فيها سكينًا فوقع إنسان فى البئر على السكين فمات فقال ابن حامد الضمان على الحـافر لأنه بمنزلة الدافع وهذا قياس المسائل التى قبلها، ونص أحمد رحمه الله على أن الضمان عليهمـا قال أبو بكر لأنهما فى معنى الممسك والقاتل الحافـر كالممـسك وناصب السكين كالقـاتل فيخرج مـن هذا أن يجب الضمان على جـميع المتسببين فى المسائل السابقة.

ولنا: أنه لم تعلم فـيه حـياة يتـصور بقـاؤه بها فلم تجـب فيه ديـة كما لـو ألقتـه ميـتًا وكالمذبوح، وقـولهم: إنا علمنا حياته قلنا: وإذا أسقط ميتًـا وله ستة أشهر فقـد علمنا حياته أيضًا.

25- **مسألة:** (وإن اختلفا فى حياته ولا بينة لهما ففى أيهما يقدم قوله؟ وجهان):

أحـدهمـا: يقدم قول الولى، لأن الأصل حياته، فإن الجنـين إذا بلغ أربعة أشهر نفخ فيه الروح.

والثانى: قول الجانى، لأن الأصل براءة ذمته من الدية الكاملة.

فصل: إذا ادعت امرأة على رجل أنه ضربها فأسقط جنينها فأنكر الضرب فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل عـدم الضرب، وإن أقر بالضرب أو قـامت به بينة وأنكر أن تكون أسقطت فالقـول قوله أيضًا مع يمـينه، لأنه لا يعلم أنها أسـقطت، ولا يلزمه اليمـين على البت، لأنه يمين على نفى فعل الغير والأصل عدمه، وإن ثبت الإسقاط والضرب ببينة أو إقرار فادعى أنها أسقطتـه من غير ضـربه، فإن كانت أسـقطته عقـيب ضربه القول قولـها، لأن الظاهر أنه منه لوجوده عقيب شىء يصلح أن يكون سببًـا له، وإن ادعى أنها ضربت نفسها أو شربت دواء أو فعل ذلك غيرها فحصل الإسقاط فأنكرته فالقول قولها مع يمينها، لأن الأصل عدم ذلك، وإن أسقطت بعد الضرب بأيام وكانت متألمة إلى حين الإسـقاط فالقول قولها، وإن لم تكن متألمة فالقـول قوله مع يمينه كـما لو ضرب إنسـانًا فلم يبق متـالمًا ولا ضمنًا ومـات بعد أيام، وإن

فصل: وإن حفر بئرًا في ملك نفسه أو في ملك غيره بإذنه فلا ضمان عليه، لأنه غير متعد بحفرها، وإن حفرها في موات لم يضمن لأنه غير متعد بحفرها، وكذلك إن وضع حجرًا أو نصب شركًا أو شبكة أو منجلاً ليصيد بها، وإن فعل شيئًا من ذلك في طريق ضيق فعليه ضمان من هلك به، لأنه متعد، وسواء أذن له الإمام فيه أو لم يأذن، فإنه ليس للإمام الإذن فيما يضر بالمسلمين، ولو فعل ذلك الإمام لضمن ما تلف به لتعديه، وإن كان الطريق واسعًا فحفر في مكان منها ما يضر بالمسلمين فعليه الضمان كذلك، وإن حفر في موضع لا ضرر فيه نظرنا، فإن حفرها لنفسه ضمن ما تلف بها سواء حفرها بإذن الإمام أو غير إذنه، وقال أصحاب الشافعي: إن حفرها بإذن الإمام لم يضمن، لأن للإمام أن يأذن في الانتفاع بما لا ضرر فيه بدليل أنه يجوز أن يأذن في العقود فيه ويقطعه لمن يبيع فيه.

اختلفا في وجود التألم فالقول قوله، لأن الأصل عدمه، وإن كانت متألمة في بعض المدة فادعى أنها برأت وزال ألمها وأنكرت ذلك فالقول قولها، لأن الأصل بقاؤه، وإن ثبت إسقاطها من الضربة فادعت سقوطه حيًا وأنكرها فالقول قوله مع يمينه إلاَّ أن تقوم لها بينة باستهلاله، لأن الأصل عدم ذلك، وإن ثبتت حياته فادعت أنه لوقت يعيش مثله فأنكرها فالقول قولها مع يمينها، لأن ذلك لا يعلم الاَّ من جهتها ولا يمكن إقامة البينة عليه فقبل قولها فيه كانقضاء عدتها ووجود حيضها وطهرها، وإن أقامت بينة باستهلاله وأقام الجاني بينة بخلافها قدمت بينتها، لأنها مثبتة فقدمت على النافية، لأن المثبتة معها زيادة علم، وإن ادعت أنه مات عقيب إسقاطه وادعى أنه عاش مدة فالقول قولها، لأن الأصل عدم حياته، وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة الجاني، لأن معها زيادة علم، وإن ثبت أنه عاش مدة فادعت أنه بقي متألمًا حتى مات فأنكر فالقول قوله، لأن الأصل عدم التألم، فإن أقاما بينتين قدمت بينتها، لأن معها زيادة علم، ويقبل في استهلال الجنين وسقوطه وبقائه متألمًا وبقاء أمه متألمة قول امرأة واحدة، لأنه مما لا يطلع عليه الرجال غالبًا، لأن الغالب أنه لا يشهد الولادة إلا النساء والاستهلال يتصل بها، وهن يشهدن حال المرأة وولادتها وحال الطفل ويعرفن علله وأمراضه وقوته وضعفه دون الرجال، وإن اعترف الجاني باستهلاله أو ما يوجب فيه دية كاملة فالدية في مال الجاني لا تحمله العاقلة، لأنها لا تحمل اعترافًا، وإن كانت مما تحمل العاقلة فيه الغرة فهي على العاقلة وباقي الدية في مال القاتل.

فصل: وإن انفصل منها جنينان ذكر وأنثى فاستهل أحدهما واتفقوا على ذلك، واختلفوا في المستهل فقال الجاني: هو الأنثى، وقال وارث: هو الذكر فالقول قول الجاني مع يمينه، لأن الأصل براءة ذمته من الزائد على دية الأنثى، فإن كان لأحدهما بينة قدم بها، وإن كان لهما بينتان وجبت دية الذكر، لأن البينة قد قامت باستهلاله، والبينة المعارضة لها نافية له والإثبات مقدم على النفي، فإن قيل: فينبغي أن تجب ديتها، قلنا: لا تجب دية الأنثى، لأن

ولنا: أنه تلف بحفر حفرة فى حق مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن له الإمـام، ولا نسلم أن للإمام أن يأذن فـى هذا وإن يأذن فى القعـود لأن ذلك لا يدون وتمكن إزالته فى الحـال فأشبـه القعود فى المـسجد، ولأن القعـود جائز من غيـر إذن الإمام بخلاف الحفر، وإن حفر البئر لنفع المسلمين مثل أن يحفره لينزل فيه ماء المطر من الطريق أو لتشرب منه المارة ونحـوها فلا ضمان عليه، لأنه محسن بفـعله غير متعد بحفـره فأشبه باسط الحصير فى المـسجد، وذكر بعض أصحابنا أنه لا يضمن إذا كان بإذن الإمـام، وإن كان بغير إذنه ففيه روايتان:

إحـداهمـا: لا يضمن فإن أحمد قال فى رواية إسـحاق بن إبراهيم: إذا أحدث بئرًا لماء المطر ففيه نفع للمسلمين أرجو أن لا يضمن.

المستحق لهـا لم يدعها وهو مكذب للبينة الشاهدة بها، فإن ادعى الاسـتهلال منها ثبت ذلك بالبينتين، وإن لم تكن بينة فاعـترف الجانى باستهلال الذكر فأنكرت العـاقلة فالقول قولهم مع أيمانهم، فإذا حلفـوا كان عليهم دية الأنثى وغرة إن كانت تحمل الغـرة، وعلى الضارب تمام دية الذكر وهو نصف الدية لا تحمله العاقلة، لأنه ثبت باعتـرافه، وإن اتفقوا على أن أحدهما استهل ولم يعرف بعينه لزم العاقلة دية أنثى، لأنها متيقنة وتمام دية الذكر مشكوك فيه والأصل براءة الذمة منه لم يجب بالشك وتجب الغرة فى الذى لم يستهل.

فـصل: إذا ضربها فألقت يدًا ثم ألقت جنينًا، فإن كان إلقـاؤهما متقارب أو بقيت المرأة متألمة إلى أن ألقته دخلت اليد فى ضمان الجنين، لأن الظاهر أن الضرب قطع يده وسرى إلى نفسه فأشبه ما لو قطع يد رجل فسرى القطع إلى نفـسه، ثم إن كان الجنين سقط ميتًا أو حيًّا لوقت لا يعيش مثله ففيه غرة، وإن ألقته حيّـا لوقت يعيش لمثله ففيه دية كاملة، وإن بقى حيًّا فلم يمت فعلى الضارب ضمان اليد بديتـها بمنزلة من قطع يد ورجل فاندملت، وقال القاضى وبعض أصحاب الـشافعى: يُسأل القوابـل، فإن قلن: إنها يد من لم تخلق فيـه الحياة ففـيها نصف الغرة، وإن قلن: يد من خلقت فيه الحياة ففيها نصف الدية.

ولنا: أن الجنين إنمـا يتصور بقـاء الحياة فـيه إذا كان حيّـا قبل ولادته بمـدة طويلة أقلها شهران على ما دل عليه حديث الصادق المصدوق فى أنه ينفخ فيه الروح بعد أربعة أشهر وأقل ما يبقى بعد ذلك شهران، لأنه لا يحيى إذا وضعـته لأقل من ستة أشهر، والكلام فيما إذا بين الضربة والإسقـاط مدة طويلة تزيل ظن سقوطه بها فيـعلم حينئذ أنها كانت بعـد وجود الحياة فيـه، وأما إن ألقت اليـد وزال الألم ثم ألقت الجنين ضـمن اليد وحـدها بمنزلة من قطع يدًا فاندملت ثم مات صـاحبها ثم ينظر ألقته مـيتًا أو لوقت لا يعيش لمثله فـفى اليد نصف غرة، لأن فى جميعه غـرة ففى يده نصف ديته، وإن ألقته حيًّا لوقت يعـيش لمثله ثم مات أو عاش وكان إلقاء اليد مدة يـحتمل أن تكون الحياة لم تخلق فيه قبلهـا أرى القوابل هـهنا، فإن قلن:

والثانية: يضمن أومأ إليه أحمد، لأنه افتات على الإمام، ولم يذكر القاضى سوى هذه الرواية والصحيح هو الأول، لأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ويشق استئذان الإمام فيه وتعم البلوى به ففى وجوب استئذان الإمام فيه تفويت لهذه المصلحة العامة، لأنه لا يكاد يوجود من يتحمل كلفة استئذانه وكلفة الحفر معًا فتضيع هذه المصلحة فوجب إسقاط استئذانه كما فى سائر المصالح العامة من بسط حصير فى مسجد أو تعليق قنديل فيه أو وضع سراج أو رمى شعث فيه وأشباه ذلك، وحكم البناء فى الطريق حكم الحفر فيها على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف، وهو أنه متى بنى بناء يضر إما لكونه فى طريق ضيق أو فى واسع يضر بالمارة أو بنى لنفسه فقد تعدى ويضمن ما تلف به، وإن بنى فى طريق واسع فى موضع لا يضر البناء فيه لنفع المسلمين كبناء مسجد يحتاج إليه للصلاة فيه فى زاوية ونحوها فلا ضمان عليه وسواء فى ذلك كله أذن فيه الإمام أو لم يأذن، ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام فى البناء لنفع المسلمين دون الحفر، لأن الحفر تدعو الحاجة إليه لنفع الطريق وإصلاحها وإزالة الطين والماء منها بخلاف البناء فجرى حفرها مجرى تنقيتها وحفر هدفة(٩٠) منها وقلع حجر يضر

إنها يد لم تخلق فيه الحياة وجب نصف غرة، وإن قلن: إنها يد من خلقت فيها الحياة ولم يمض له ستة أشهر وجب فيه نصف الغرة، لأنها يد من لا يجب فيه أكثر من غرة فأشبهت يد من لم تنفخ فيه الروح، وإن أشكل الأمر عليهن وجب نصف الغرة، لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك.

فصل: وإذا شربت الحامل دواء فألقت جنينًا فعليها غرة لا ترث منها شيئًا، لا نعلم بين أهل العلم خلافًا فى ذلك، لأنها أسقطت الجنين بفعلها وجنايتها فلزمها ضمانه بالغرة كما لو جنى عليه غيرها ولا ترث من الغرة شيئًا، لأن القاتل لا يرث من دية المقتول ويرثها سائر ورثته، فإن كان الجانى المسقط للجنين أباه أو غيره فعليه غرة لا يرث منها شيئًا لما ذكرنا.

فصل: وإن جنى على بهيمة فألقت جنينها ففيه ما نقصها، فى قول عامة أهل العلم، وحكى عن أبى بكر أن فيه عشر قيمة أمه، لأنه جناية على حيوان يملك بيعه أسقطت جنينه أشبه جنين الأمة وهذا لا يصح، لأن الجناية على الأمة تقدر من قيمتها فى ظاهر المذهب ففى يدها نصف قيمتها وفى موضحتها نصف عشر قيمتها، وقد وافق أبو بكر على ذلك فقدر جنينها من قيمتها كبعض أعضائها، والبهيمة إنما يجب بالجناية عليها قدر نقصها فكذلك فى جنينها، ولأن الأمة آدمية ألحقت بالأحرار فى تقدير أعضائها من قيمتها بخلاف البهيمة.

فصل: ودية الأعضاء كدية النفس، فإن كان الواجب من الذهب والورق لم تختلف بعمد ولا بخطأ، وإن كان من الإبل وجبت فى العمد أرباعًا على إحدى الروايتين، وفى الأخرى يجب خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمساها خلفات وفى الخطأ

---

(٩٠) الهدفة: القطعة.

بالمارة ووضع الحصى فى حفرة منها ليملأها ويسهلها بإزالة الطين ونحوه منها وتسقيف ساقية فيها ووضع حـجر فى طين فيها ليطأ الناس عليـه أو يعبروا عليه فهذا كله مـباح لا يضمن ما تلف به، لا أعلم فـيه خلافًـا، وكذلك ينبـغى أن يكون فى بناء القناطر، ويحتـمل أن يعتـبر استئذان الإمام، لأن مصلحته لا يعم وجودهـا بخلاف غيره، وإن سقف مسجدًا أو فرش بارية فيه أو نصب عليه بابًا أو جعل فيه رفًا لـينفع أهله أو علق فيه قنديلاً أو بنى فيه حائطًا فتلف به شىء فلا ضمان عليه، وقـال أصحاب الشافعى: إن فعل شيئًـا من ذلك بغير إذن الإمام ضمن فى أحد الوجهين، وقال أبو حنيفة يضمن إذا لم يأذن فيه الجيران.

ولنا: أنه فـعل أحسن به ولم يتـعد فـيه فلم يضـمن ما تلـف به كمـا لو أذن فيـه الإمام

تجب أخماسًا فإن لم تمكن قيمته مـثل أن يوضحه عمدًا فإنه يجب أربعة أرباعًا والخامس من أحد الأجناس الأربعة قيمـته ربع قيمة الأربع، وإن قلنا بالرواية الأخرى وجب خفـقتان وحقة وجذعة ويعتبر قيمته نصف قيمة حقة ونصف قيمة جذعة، وإن كانت خطأ وجب الخمس من الأجناس الخـمسة من كل جنس بـعير، وإن كـان الواجب دية أثمتـه، وقلنا: تجب من ثلاثة أجناس وجب بعـير وثلث من الخلفـات وحقة وجـذعة، وإن قلنا: أرباعًـا وجب ثلاثة وثلث قيمتها نصف قيـمة الأربعة وثلثها، وإن كان خطأ فقيمتها ثلثـا قيمة الخمس وعند أصحابنا أن قيمة كل بعيـر مائة وعشرون درهمًا أو عشرة دنانير فلا فائدة فـى تعيين أسنانها، وإن اختلفت قيمة الدنانير والدراهـم مثل أن كانت العشرة الدنانير تساوى مائة درهم فـقياس قولهم إذا جاء بما قيمته عشرة دنانير لزم المجنى عليه قبوله، لأنه لو جاءه بالدنانير لزمه قبولها فلزمه قبول ما يساويها.

فـصـل: قال الشيـخ رحمه الله: **(وذكر أصحـابنا أن القتل تغلظ ديته بالحـرم والإحرام والأشهـر الحرم والرحم المحـرم فيزاد لكل واحـد ثلث الدية فإذا اجـتمعت الحـرمات الأربع وجب ديتان وثلث).**

وجـملة ذلك: أن الدية تغلظ بثلاثة أشـياء: إذا قتل فى الحرم والأشهـر الحرم وإذا قتل محرمًا، ونص أحمـد على التغليظ فيما إذا قتل محرمًا فى الحرم وفى الشـهر الحرم، فأما إن قتل ذا رحم محرم فـقال أبو بكر تغلظ ديته، وقال القاضى: ظاهر كـلام أحمد أنها لا تغلظ، وقال أصـحاب الشافـعى: تغلظ بالحرم والأشهـر الحرم وذى الرحم، وفى التـغليظ بالإحرام وجهـان، وممن روى عنه التـغليظ عثـمان وابن عبـاس والسعـيدان وعطاء وطاوس ومـجاهد وسليـمان بن يسـار وجابر بن زيد وقـتادة والأوزاعى ومـالك والشافـعى وإسحاق، واخـتلف القائلون بالتـغليظ فى صفـته فقـال أصحابنا: يغلظ لكل واحـد من الحرمـات ثلث الدية فإذا اجتمعت الحرمات الأربع وجبت ديتان وثلث.

قال أحمد فى رواية ابن منصور فيمن قتل محـرمًا فى الحرم فى الشهر الحرام فعليه أربعة

والجيران ولأن هذا مأذون فيه من جهة العرف، لأن العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يجب ضمان كالمأذون فيه نطقًا.

فصل: وإن حفر العبد بئرًا فى ملك إنسان بغير إذنه أو فى طريق يتضرر به ثم أعتقه سيده ثم تلف بها شىء ضمنه العبد، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: الضمان على سيده، لأن الجناية هى الحفر فى حال رقه وكان ضمان جنايته حينئذ على سيده فلا يزول ذلك بعتقه كما له جرح فى حال رقه ثم سرى جرحه بعد عتقه.

ولنا: أن التلف الموجب للضمان وجد بعد إعتاقه فكان الضمان عليه كما لو اشترى سيفًا فى حال رقه ثم قتل به بعد عتقه وفارق ما قاسوا عليه، لأن الإتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه، وههنا حصل بعد عتقه، وكذلك القول فى نصب حجر أو غيره من الأسباب التى يجب بها الضمان.

فصل: وإذا حفر إنسان بئرًا فى ملك مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه ضمن ما تلف جميعه، وهذا قياس مذهب الشافعى، وقال أبو حنيفة: يضمن ما قابل نصيب شريكه، فلو كان له شريكان لضمن ثلثى التالف، لأنه تعدى فى نصيب شريكيه، وقال أبو يوسف: عليه نصف الضمان، لأنه تلف بجهتين فكان الضمان نصفين كما لو جرحه واحد جرحًا وجرحه آخر جرحين.

وعشرون ألفًا وهذا قول التابعين القائلين بالتغليظ، وقال أصحاب الشافعى: صفة التغليظ إيجاب دية العمد فى الخطأ ولا يتصور التغليظ فى غير الخطأ ولا يجمع بين تغليظين وهذا قول مالك إلا أن يغلظ العمد فإذا قتل ذا رحم محرم عمدًا فعليه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وتغليظها فى الذهب والفضة أن ينظر كم قيمة أسنان الإبل غير مغلظة وقيمتها مغلظة؟ ثم يحكم بزيادة ما بينهما كانت قيمتها مخففة ستمائة وفى العمد ثمانمائة وذلك ثلث الدية المخففة، وعند مالك تغلظ من الأب والأم والجد دون غيرهم واحتجا على صفة التغليظ بما روى عن عمر رضي الله عنه أنه أخذ من قتادة المدلجى دية ابنه حين حذفه بالسيف ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ولم يزد عليه فى العدد شيئًا، وهذه قصة اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعًا، ولأن ما أوجب التغليظ أوجبه فى الإنسان دون القدر كالضمان ولا يجمع بين تغليظين، لأن ما أوجب التغليظ بالضمان إذا اجتمع سببان تداخلا كالحرم والإحرام فى قتل الصيد وعلى أنه لا يغلظ بالإحرام، لأن الشرع لم يرد بتغليظه، واحتج أصحابنا بما روى ابن أبى نجيح أن امرأة وطئت فى الطواف بالإحرام فقضى عثمان رضي الله عنه بستة آلاف وألفين تغليظًا للحرم.

وعن ابن عمر أنه قال: من قتل فى الحرم أو ذا رحم أو فى الشهر الحرام فعليه دية وثلث وعن ابن عباس أن رجلاً قتل رجلاً فى الشهر الحرام وفى البلد الحرام فقال: ديته اثنا عشر ألفًا

ولنا: أنه متعـد بالحفر فضـمن الواقع فيها كمـا لو كان فى ملك غيره والشـركة أوجبت تعديه بجميع الحفر فكان موجبًا لجـميع الضمان، ويبطل ما ذكره أبو يوسف بما لو حفره فى طريق مشترك فإن له فيها حقًا ومع ذلك يضمن الجميع، والحكم فيها إذا أذن له بعض الشركاء فى الحفـر دون بعض كالحكم فيمـا إذا حفر فى ملك مـشترك بينه وبين غيـره لكونه لا يباح الحفر ولا التصرف حتى يأذن الجميع.

فـصل: وإذا حفر بئرًا فى ملك إنسان أو وضع فيه مـا يتعلق به الضمان فأبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ففيه وجهان: أحدهما: يبرأ، لأن المالك لو أذن فيه ابتداء لم يضمن ما تلف به، فإذا أبرأه من الضمان وأذن فيه زال عنه الضمـان كما لو اقترن الإذن بالحفر، **والآخـر**: لا ينتفى عنه الضمان لأنه سبب موجب للضمـان فلا يزول حكمه بالإبراء كسائر الأسباب، ولأن حصول الضـمان به لكونه تعدى بحفـره والإبراء لا يزيل ذلك، لأن ما مضى لا يمكن تغـييره عن الصفة التى وقع عليـها، ولأن وجوب الضمان ليس بحق للمـالك الإبراء منه كما لو أبرأه غير المالك، ولأنه إبراء مما لم يجب فلم يصح كالإبراء من الشفعة قبل البيع.

فـصل: وإن استأجر أجيرًا فحفر فى ملك غيره بغير إذنه وعلم الأجير ذلك فالضمان عليه وحـده، لأنه متعد بالحفر وليس له فعل ذلك بأجرة ولا غـيرها فتعلق الضمان به كما لو أمره غيره بالقتل فقـتل، وإن لم يعلم فالضمان على المستأجر، لأنه غره فـتعلق الضمان به كالإثم وكذلك الحكم فى البناء ونحوه، ولو استأجر أجيرًا ليحفر له فى ملكه بئرًا أو ليبنى له فيها بناء

وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف، وهذا مـما يظهر وينتشر ولم ينكر فثبت إجماعًا، وهذا فيـه الجمع بين تغليظات ثلاث، ولأنه قول التابعين القائلين بالتـغليظ واحتجوا على التغليظ فى العمد أنه إذا غلظ الخطأ مع العذر فيـه ففى العمد مع عدم العذر أولى، وكل من غلظ الدية أوجب التغلـيظ فى بدل الطرف بهذه الأسباب لأن مـا أوجب تغليظ دية النفس أوجب تغليظ دية الطرف.

26- **مـسألة:** (وظاهر كلام الخرقى أن الدية لا تغلـظ لشىء من ذلك وهو قول الحسن والشعبى والنخعى وأبى حنيفة وابن المنذر).

وروى ذلك عن الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز وغيرهم، لأن النبى ﷺ قال: «فى النفس المؤمـنة مائة من الإبل»[31] لم يزد على ذلك، وعلى أهل الذهب ألف مثـقال، وفى حديث أبى شـريح أن النبى ﷺ قال: «وأنتم يا خزاعـة قد قتلتم هذا القـتيل من هذيل وأنا والله عاقله فـمن قتل له قتيل بعـد ذلك فأهله بين خيرتيـن إن أحبوا قتلوا، وإن أحـبوا أخذوا الدية»[32] وهذا القتيل كان بمكة فى حرم الله ولم يزد النبى ﷺ على الدية ولم يفرق بين

---

(31) تقدم تخريجه فى أول الكتاب «الديات» برقم (١) من المغنى.

(32) تقدم تخريجه فى المسألة رقم (١٤٣٧/ ١٠) فليراجع.

فتلف الأجير بذلك لم يضمنه المستأجر، وبهذا قال عطاء والزهرى وقتادة وأصحاب الرأس ويشبه مذهب الشافعى لقول النبىّ ﷺ : «البئر جبار» ولأنه لم يتلفه وإنما فعل الأجير باختيار نفسه فعلاً أفضى إلى تلفه فأشبه ما لو فعله تبرعًا من عند نفسه إلا أن يكون الأجير استأجره بغير إذن سيده أو صبيًا بغير إذن وليه فيضمنه، لأنه متعد باستعماله متسبب إلى إتلاف حق غيره.

فصل: فإن حفر إنسان فى ملكه بئرًا فوقع فيها إنسان أو دابة فهلك به وكان الداخل دخل بغير إذنه فلا ضمان على الحافر، لأنه لا عدوان منه، وإن دخل بإذنه والبئر مكشوفة والداخل بصير يبصرها فلا ضمان أيضًا، لأن الواقع هو الذى أهلك نفسه فأشبه ما لو قدم إليه سيف فقتل به نفسه، وإن كان الداخل أعمى أو كانت فى ظلمة لا يبصرها الداخل أو غطى رأسه فلم يعلم الداخل بها حتى وقع فيها فعليه ضمانه، وبهذا قال شريح والشعبى والنخعى وحماد ومالك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، وقال فى الآخر: لا يضمنه، لأنه هلك بفعل نفسه.

ولنا: أنه تلف بسببه فضمنه كما لو قدم له طعامًا مسمومًا فأكله، وبهذا ينتقض ما ذكروه، وإن اختلفا فقال صاحب الدار: ما أذنت لك فى الدخول وادعى ولى الهالك أنه أذن له فالقول قول المالك، لأنه منكر، وإن قال: كانت مكشوفة، وقال الآخر: كانت مغطاة فالقول قول

الحرم وغيره، وقال الله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ (النساء: ٩٢) وهذا يقتضى أن تكون الدية واحدة فى كل مكان، وروى الجوزجانى بإسناده عن أبى الزناد أن عمر بن عبد العزيز كان يجمع الفقهاء مما أحيا من تلك السنن بقول فقهاء المدينة السبعة ونظرائهم أن ناسًا كانوا يقولون: إن الدية تغلظ فى الشهر الحرام أربعة آلاف فتكون ستة عشر ألفًا فألغى عمر ذلك بقول الفقهاء وأثبتها اثنى عشر ألف درهم فى الشهر الحرام والبلد الحرام وغيرهما، قال ابن المنذر: وليس بثابت ما روى عن الصحابة فى هذا ولو صح ففعل عمر فى حديث قتادة أولى وهو مخالف لغيره فيقدم على قول من خالفه وهو أصح فى الرواية مع موافقة الكتاب والسنة والقياس.

فصل: ولا تغلظ الدية بموضع غير حرم مكة، وقال أصحاب الشافعى: تغلظ الدية بالقتل فى المدينة على قوله القديم، لأنها مكان يحرم صيده فأشبهت حرم مكة ولا يصح القياس، لأنها ليست محلاً للمناسك فأشبهت سائر البلدان، ولا يصح قياسها على الحرم، لأن النبى ﷺ قال: «أى بلد هذا؟ أليست البلدة؟ - قال - فإن دماءكم وأموالكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا»[33] وهذا يدل على أنه أعظم البلاد حرمة، وقال النبى ﷺ : «إن أعتى الناس على الله رجل قتل فى الحرم، ورجل قتل غير قاتله

---

(33) متفق عليه، وقد تقدم برقم (٣٥) فى المسألة (١٤٦٣) مغنى.

ولى الواقع، لأن الظاهر معـه فإن الظاهر أنها لو كانت مكشوفـة لم يسقط فيهـا، ويحتمل أن القول قول المالك، لأن الأصل براءة ذمته فلا تشتغل بالشك ولأن الأصل عدم تغطيتها.

فـصل: وإذا بنى فى ملكه حائطًا مائلاً إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلف به شىء وسقط على شىء فـأتلفه ضـمنه، لأنه متعد بذلك فإنه ليس له الانتـفاع بالبناء فى هواء ملك غيره أو هواء مشترك، ولأنه يعرضه للوقوع على غيره فى غير ملكه فأشبه ما لو نصب فيه منجلاً يصيد به، وهذا مذهب الشـافعى ولا أعلم فيه خـلافًا، وإن بناه فى ملكه مستـويًا أو مائلاً إلى ملكه فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضـمان على صاحبه فيما تلف به، لأنه لم يتعد ببنائه ولا حصل منه تفريـط بإبقائه، وإن مال قبل وقوعـه إلى ملكه ولم يتجاوزه فلا ضـمان عليه، لأنه بمنزلة بنائه مائلاً فى ملكه، وإن مال قبـل وقوعه إلى هواء الطريق أو إلى ملك إنسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره نظرنا، فإن لم يمكنه نقضه فلا ضمان عليه، لأنه لم يتعد ببنائه ولا فرط فى ترك نقضه لعجزه عنه فأشبه ما لو سـقط من غير ميل فإن أمكنه نقضه فلم ينقضه لم يخل من حالين: أحدهما: أن يطالب بنقضه.

والثـانى: أن لا يطالب به، فإن لم يطالـب به لم يضمن فى المنصوص عن أحـمد وهو ظاهر كلام الشافعى ونحوه قال الحـسن والنخعى والثورى وأصحاب الرأى، لأنه بناه فى ملكه والميل حادث بغيـر فعله فأشبه ما لو وقع قـبل ميله، وذكر بعض أصحابنا فيـه وجهًا آخر أن عليه الضمـان، وهو قول ابن أبى ليلى وأبى ثور وإسحاق، لأنه متـعد بتركه مائلاً فـضمن ما تلف به كما لو بناه مائلاً إلى ذلك ابتداء، ولأنه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ما تلف ولو

ورجل قتل بدخل فى الجـاهلية»(34) وتحريم الصيـد ليس هو العلة فى التغليظ، وإن كان من جملة المؤثر فقد خالف تحريمه تحريم الحرم فإنه لا يجب الجزاء على من قتل فيه صيداً ولا يحرم الرعى فيه ولا الاحتشاش منه ولا ما يحتاج إليه من الرجل والعارضة والقائمة وشبهه.

27- مـسألة: (وإن قتل مسلم كافرًا عمداً ضعفت الدية على قاتله لإزالة القود كما حكم عثمان رضي الله عنه).

روى أحمد عن عبد الرزاق عن معمـر عن الزهرى عن سالم عن أبيه أن رجلاً قتل رجلاً من أهل الذمة فرفع إلـى عثمان فلم يقتله وغلظ عليـه ألف دينار فذهب إليه أحمـد رحمه الله وله نظائر فى مذهبـه فإنه أوجب على الأعور إذا قلع عين صـحيح مماثلة لعينه ديـة كاملة لما درأ عنه القصاص، وأوجب على سـارق التمر المعلق مثلى قيمـته لما درأ عنه القطع، وذهب جمهور العلماء إلى أن دية الذمـى فى العمد والخطأ واحد لعموم الأخبار فيـها، وكما لو قتل حر عـبدًا عمدًا فـإنه لا تضعف القيمـة عليه، ولأنه بدل متلف فلم يتـضاعف بالعمد كـسائر الأبدال.

---

(34) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٢/ ١٨٧) وإسناده صحيح.

لم يكن ذلك موجبًا للضمان لم يضمن بالمطالبة كما لو لم يكن مائلاً أو كان مائلاً إلى ملكه، وأما إن طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها، وقال أصحابنا: يضمن وقد أومأ إليه أحمد، وهو مذهب مالك ونحوه قال الحسن والنخعى والثورى، وقال أبو حنيفة: الاستحسان أن يضمن، لأن حق الجواز للمسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك فلهم المطالبة بإزالته فإذا لم يزله ضمن كما لو وضع عدلاً على حائط نفسه فوقع فى ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به إنسان، وفيه وجه آخر: لا ضمان عليه، قال أبو حنيفة: وهو القياس، لأنه بناه فى ملكه ولم يسقط بفعله فأشبه ما لو لم يطالبه بنقضه أو سقط قبل ميله أو لم يمكنه نقضه، ولأنه لو وجب الضمان لم تشترط المطالبة كما لو بناه مائلاً إلى غير ملكه، فإن قلنا: عليه الضمان إذا طولب فإن المطالبة من كل مسلم أو ذمى توجب الضمان إذا كان ميله إلى الطريق، لأن لكل واحد منهم حق المرور فكانت له المطالبة كما لو مال الحائط إلى ملك جماعة كان لكل واحد منهم المطالبة وإذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط أو أجله له الإمام لم يسقط عنه الضمان، لأن الحق لجميع المسلمين فلا يملك واحد منهم إسقاطه وإن كانت المطالبة لمستأجر الدار أو مرتهنها أو مستعيرها ومستودعها فلا ضمان عليهم لأنهم لا يملكون النقض وليس الحائط ملكًا لهم، وإن طولب المالك فى هذه الحال فلم يمكنه استرجاع الدار ونقض الحائط فلا ضمان عليه لعدم تفريطه، وإن أمكنه استرجاعها كالمعسر والمودع والراهن إذا أمكنه فكاك الرهن فلم يفعل ضمن، لأنه أمكنه النقض، وإن كان المالك محجوراً عليه لسفه أو صغر أو جنون فطولب هو لم يلزمه الضمان، لأنه ليس أهلاً للمطالبة، وإن طولب وليه أو وصيه فلم ينقضه فالضمان على المالك، لأن سبب الضمان

فصل: قال الشيخ رحمه الله: (**وإن جنى العبد خطأ فسيده بالخيار بين فدائه بالأقل من قيمته أو أرش جنايته أو تسليمه ليباع فى الجناية**).

وجملة ذلك: أن جناية العبد إذا كانت موجبة للمال أو كانت موجبة للقصاص فعفا عنها إلى المال تتعلق برقبته لأنه لا يخلو من أن تتعلق برقبته أو ذمته أو ذمة سيده أو لا يجب شيء ولا يمكن إلغاؤها، لأنها جناية آدمى فوجب اعتبارها كجناية الحر، ولأن جناية الصغير والمجنون غير ملغاة مع عذره وعدم تكليفه فالعبد أولى، ولا يمكن تعليقها بذمته لأنه يفضى إلى إلغائها أو تأخير حق المجنى عليه إلى غير غاية ولا بذمة السيد لأنه لم يجن فتعين تعليقها برقبة العبد، ولأن الضمان موجب جنايته فتعلق برقبته كالقصاص، ثم لا يخلو أرش الجناية من أن يكون بقدر قيمته أو أقل أو أكثر فإن كان بقدرها فما دون فالسيد مخير بين أن يفديه بأرش جنايته أو يسلمه إلى ولى الجناية فيملكه، وبهذا قال الثورى ومحمد بن الحسن وإسحاق، وروى ذلك عن الشعبى وعطاء ومجاهد وعروة والحسن والزهرى وحماد، لأنه إن دفع أرش الجناية فهو الذى وجب للمجنى عليه فلم يملك المطالبة بأكثر منه، وإن سلم العبد

ماله فكان الضمان عليه دون المتصرف كالوكيل مع الموكل وإن كان الملك مشتركًا بين جماعة فطولب أحدهم بنقضه احتمل وجهين: أحدهـما: لا يلزمه شيء، لأنه لا يمكنه نقضه بدون إذنهم فهو كالعاجز عن نقضه.

والثـــاني: يلزمه بحصته، لأنه يتمكن من النقض بمطالبـة شركائه وإلزامهم النقض فصار بذلك مفرطًا، وأمـا إن كان ميل الحائط إلى ملك آدمى معـين إما واحد وإما جمـاعة فالحكم على مـا ذكرنا إلا أن المطالبـة للمالك أو سـاكن الملك الذى مال إليـه دون غيـره، وإن كان لجماعة فأيهم طالب وجب النقض بمطالبـته كما لو طالب واحد بنقض المائل إلى الطريق إلا أنه متى طالب ثم أجـله صاحب الملك أو أبرأه منه أو فعل ذلـك ساكن الدار التى مال إليـها جـاز، لأن الحق له وهو يملك إسقـاطه، وإن مـال إلى درب غيـر نافذ فـالحق لأهل الدرب والمطالبة لهم، لأن الملك لـهم ويلزم النقض بمطالبة أحدهم ولا يبـرأ بإبرائه وتأجيله إلا أن يرضى بذلك جميعهم، لأن الحق لجميعهم.

فصل: وإذا تقدم إلى صاحب الحائط بنقضه فباعه مائلاً فلا ضمان على بائعه، لأنه ليس بملك له ولا على المشترى، لأنه لم يطالب بنقضـه وكذلك إن وهبه وأقبضه، وإن قلنا بلزوم الهبـة زال الضمان عنه بمجـرد العقد، وإذا وجب الضمـان وكان التالف به آدميّـا فالدية على عاقلته، فـإن أنكرت عاقلته كون الحائط لصـاحبهم لم يلزمهم العقـل إلا أن يثبت ذلك ببينة، ولأن الأصل عدم الوجوب عليهم فلا يجب الشك، وإن اعتـرف صاحب الحائط لزمه الضمان دونهم، لأن العـاقلة لا تحمل اعـترافًا، وكـذلك إن أنكروا مطالبـته بنقضـه فالحكم عـلى ما ذكرنا، وإن كان الحائط فى يد صاحبهم وهو ساكن فى الدار لم يثبت بذلك الوجوب عليهم،

فقد أدى المـحل الذى تعلق الحق به، ولأن حق المجنى عليه لا يـتعلق بأكثر من الرقـبة وقد أداها، وإن طالب المجنى عليه السيد بتسليمه إليه لم يجبر عليه السيد لما ذكرنا.

28- **مسألة:** (وإن كانت الجناية أكثر من قيمته ففيه روايتان).

إحداهما: هى كالتى قبلها يخير بين تسليمه أو أن يفديه بقيمته أو أرش جنايته لأنه إذا أدى قيمته فقد أدى قدر الواجب عليه فلم يلزمه أكثر من ذلك لو كانت الجناية بقدر قيمته.

والرواية الثـانية: يلزمه تسليمه أو أن يفديه بأرش الجناية بالغة ما بلغت وهذا قول مالك، لأنه إذا عرض للبيع بما رغب فـيه راغب بأكثر قيمته، فإذا أمـسكه فقد فوت تلك الزيادة على المجنى عليه، وللشافعى قولان كالـروايتين، ووجه الرواية الأولى أن الشرع قد جعل له فداءه فكان الواجب قدر قيمته كسائر المتلفات.

29- **مسألة:** (وإن سلمه إليه السيد فأبى ولى الجناية قبولـه وقال: بعه أنت وادفع ثمنه إلى، فهل يلزم السيد ذلك؟ على روايتين).

إحداهـما: لا يلزمه، لأنه إذا سلم العبد فقد أدى المحل الذى تعلق به الحق، ولأن حق

لأن دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر، والظاهر لا تثبت به الحقوق وإنما ترجح به الدعوى.

فصل: وإن لم يمل الحائط لكن تشقق، فإن لم يخش سقوطه لكون شقوقه بالطول لم يجب نقضه وكان حكمه فى هذا حكم الصحيح، لأنه لم يخف سقوطه فأشبه الصحيح، وإن خيف وقوعه مثل أن تكون شقوقه بالعرض فحكمه حكم المائل، لأنه يخاف منه التلف فأشبه المائل.

فصل: وإذا أخرج إلى الطريق النافذ جناحًا أو ساباطًا فسقط أو شيء منه على شيء فأتلفه فعلى المخرج ضمانه، وقال أصحاب الشافعى: إن وقعت خشبة ليست مركبة على حائطه وجب ضمان ما أتلفت، وإن كانت مركبة على حائطه وجب نصف الضمان لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره فانقسم الضمان عليهما.

ولنا: أنه تلف بما أخرجه إلى حق الطريق فضمنه كما لو بنى حائطه مائلاً إلى الطريق فأتلف أو أقام خشبة فى ملكه مائلة إلى الطريق أو كما لو سقطت الخشبة التى ليست موضوعة على الحائط، ولأنه إخراج يضمن به البعض فضمن به الكل كالذى ذكرنا، ولأنه تلف بعدوانه فضمنه كما لو وضع البناء على أرض الطريق، والدليل على عدوانه وجوب ضمان البعض ولو كان مباحًا لم يضمن به كسائر المباحات، ولأن هذه خشبة لو انقصف الخارج منها وسقط فأتلف ضمن ما أتلف فيجب أن يضمن ما أتلف جميعها كسائر المواضع التى يجب الضمان فيها، ولأننا لم نعلم موضعًا يجب الضمان كله ببعض الخشبة، ويجب نصفه بجميعها، وإن

المجنى عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة، وقد أداها، **الثانية:** يلزمه، لأن الجناية تقتضى وجوب أرشها هو قيمة العبد.

30- **مسألة: (وإن جنى عمدًا فعفا الولى على القصاص على رقبته فهل يملكه بغير رضا السيد؟ على روايتين)** .

إحداهما: لا يملكه، لأنه إذا لم يملكه بالجناية فلأن لا يملكه بالعفو أولى، ولأنه أحد من عليه قصاص فلا يملك بالعفو كالحر، ولأنه إذا عفا عن القصاص انتقل حقه إلى المال فصار كالجانى جناية موجبة للمال، **والثانية:** أنه يملكه لأنه مملوك استحق إتلافه فاستحق إبقاءه على ملكه كعبده الجانى عليه.

فصل: قال أبو طالب: سمعت أبا عبد الله يقول: إذا أمر غلامه فجنى فعليه ما جنى، وإن كان أكثر من ثمنه، وإن قطع يد حر فعليه يد الحر، وإن كان ثمنه أقل، وإن أمره سيده أن يجرح رجلاً فما جنى فعليه قيمة جنايته، وإن كان أكثر من ثمنه، وإن قطع يد حر، لأنه بأمره، وكان على وأبو هريرة يقولان: إذا أمر عبده أن يقتل فإنما هو سوطه يقتل المولى ويحبس العبد، وقال أحمد بن بهز: ثنا حماد بن سلمة ثنا قتادة عن حلاس أن عليًا قال: إذا

كان إخراج الجناح إلى درب غير نافذ بغير إذن أهله ضمن ما أتلفه، وإن فعل ذلك بإذنهم فلا ضمان عليه، لأنه مباح له غير متعد فيه.

فصل: وإن أخرج ميزابًا إلى الطريق فسقط على إنسان أو شيء فأتلفه ضمنه، وبهذا قال أبو حنيفة، وحكى عن مالك أنه لا يضمن ما أتلفه، لأنه غير متعد بإخراجه فلم يضمن ما تلف به، كما لو أخرجه إلى ملكه، وقال الشافعي: إن سقط كله فعليه نصف الضمان، لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره، وإن انقصف الميزاب فسقط منه ما خرج عن الحائط ضمن جميع ما تلف به، لأنه كله في غير ملكه.

ولنا: ما سبق في الجناح ولا نُسَلِّم أن إخراجه مباح، فإنه أخرج إلى هواء ملك غيره شيئًا يضر به فأشبه ما لو أخرجه إلى ملك آدمي معين بغير إذنه، فأما إن أخرج إلى ملك آدمي معين شيئًا من جناح أو ساباط أو ميزاب أو غيره فهو متعد، ويضمن ما تلف به، لا أعلم فيه خلافًا.

فصل: وإذا بالت دابته في طريق، فزلق به حيوان فمات به، فقال أصحابنا: على صاحب الدابة الضمان إذا كان راكبًا لها أو قائدًا أو سائقًا لها، لأنه تلف حصل من جهة دابته، التي يده عليها، فأشبه ما لو جنت بيدها أو فمها، وقياس المذهب أنه لا يضمن ما تلف بذلك، لأنه لا يد له على ذلك ولا يمكن التحرز منه فلم يضمن ما تلف به، كما لو أتلفت برجلها، وكما لو لم يكن له يد عليها ويفارق هذا ما أتلفت بيدها وفمها، لأنه يمكنه حفظهما.

فصل: وإذا وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجرًا فرمته الريح على إنسان فقتله، أو شيء أتلفه لم يضمن، لأن ذلك من غير فعله ووضعه له كان في ملكه، ويحتمل أن يضمن إذا وضعها متطرفة، لأنه تسبب إلى إلقائها وتعدى بوضعها فأشبه من بنى حائطه مائلاً.

فصل: وإن سلم ولده الصغير إلى السابح ليعلمه السباحة فغرق، فالضمان على عاقلة

أمر الرجل عبده فقل إنما هو كسوطه أو كسيفه يقتل المولى، والعبد يستودع السجن، ولأنه فوت شيئًا بأمره فكان علي السيد ضمانه كما لو استدان بأمره.

31- **مسألة: (وإن جنى على اثنين خطأ اشتركا فيه بالحصص وإن كان بعضها بعد بعض).**

وبهذا قال الحسن وحماد وربيعة وأصحاب الرأى والشافعي، وعن شريح أنه قال: يقضى لآخرهم وبه قال الشعبي وقتادة، لأنها جناية وردت على محل مستحق فقدم صاحبها على المستحق قبله كجناية المملوك الذي لم يجز، وقال شريح في عبد شج رجلاً ثم آخر ثم آخر فقال شريح: يدفع إلى الأول إلا أن يفديه مولاه ثم يدفع إلى الثاني ثم يدفع إلى الثالث.

ولنا: أنهم تساووا في سبب تعلق الحق فتساووا في الاستحقاق كما لو جنى عليهم دفعة واحدة بل لو قدم بعضهم كان الأول أولى، لأن حقه أسبق.

السابح، لأنـه سلمه إليه ليـحتـاط فى حفظه فـإذا غرق نسب إلى التـفريط فى حـفظه، وقال القاضى: قياس المذهب أن لا يضمنه، لأنه فعل ما جـرت العادة به لمصلحته، فلم يضمن ما تلف به، كما إذا ضرب المعلم الصبى ضربًا معـتادًا فتلف به، فأما الكبير إذا غرق فليس على السابح شىء إذا لم يفرط، لأن الكبير فى يد نفسه لا ينسب التفريط فى هلاكه إلى غيره.

فـصل: وإذا طلب إنسانًا بسيف مشهور فهرب منه فتلف فى هربه ضمنه، سواء وقع من شاهق، أو انخسف به سقف أو خر فى بئر، أو لقيه سـبع فافترسه، أو غرق فى ماء أو احترق بنار وسواء كان المطلوب صبـيّا أو كبيرًا، أعمى أو بصيرًا، عاقـلاً أو مجنونًا، وقال الشافعى: لا يضمن البـالغ العاقل البـصير إلا أن يخـسف به سقف، فـإن فيه وفى الصـغيـر والمجنون والأعمى قولان لأنه هلك بفعل نفسه فلم يضمنه الطالب، كما لو لم يطلبه.

ولنا: أنه هلك بسـبب عدوانه فضـمنه، كمـا لو حفر له بئـرًا، أو نصب سكينًا، أو سَمَّ طعامه ووضعـه فى منزله وما ذكره يبطل بهذه الأصول، ولأنه تسبب إلى إهلاكه فـأشبه ما لو انخسف من تحتـه سقف أو كان صغيـرًا أو مجنونًا، وإن طلبه بشىء يخيفـه به كالليث ونحوه فحكمه حكم ما لو طلبه بسيف مشهور، لأنه فى معناه.

فـصل: ولو شهر سيفًا فى وجه إنسان أو دلاه من شاهق فمات من روعته أو ذهب عقله فعليـه ديته، وإن صاح بصبى أو مجنون صيحة شديدة فخر من سطح أو نحوه فمات أو ذهب عقله، أو تغفل عاقلاً فـصاح به فأصابه ذلك فعليه ديته تحملها العـاقلة، فإن فعل ذلك عمدًا فهو شبه عمد وإلا فهو خطأ، ووافق الشافعى فى الصبى وله فى البالغ قولان.

ولنا: أنه سبب إتلافه فضمنه كالصبى.

فـصل: وإن قدم إنسانًا إلى هدف يرميـه الناس فأصابه سهم من غير تعمـد فضمانه على عاقله الذى قـدمه، لأن الرامى كالحافر والذى قدمه كـالدافع فكان الضمان على عاقلته، وإن عمد الرامى رميه فالضمان عليه لأنه مباشر وذاك متسبب فأشبه الممسك والقاتل وإن لم يقدمه أحد فالضمان على الرامى وتحمله عاقلته إن كان خطأ لأنه قتله.

32- **مـسألة:** (وإن عفا أحدهما أو مات المجنى عليـه فعفا بعض ورثته فهل يتعلق حق الباقين بجميع العبد أو بحصتهم منه؟ على وجهين).

أحدهـما: يستحق جميع العبد، لأن سبب استحـقاقه موجود، وإنما امتنع ذلك لمزاحمة الآخر له وقد زال المزاحـم فثبت له الحق جميعـه لوجود المقتضى وزوال المانع فـهو كما لو جنى على انسان ففداه سيده ثم جنى على الآخر، والثانى: لا يستحق إلا حصته لأنه لم يثبت له قبل العفو إلا حصته فكذلك بعده، لأن العفو عما يلزم السيد عفو عنه لا عن غيره.

فـصل: فإن أعتق السيد عـبده الجانى وضمن ما تعلق به من الأرش، لأنه أتلف مـحل الجناية على من تعلق حقه به فلزمه غرامته كما لو قتله وينبنى قدر الضمان على الروايتين فيما

فــصل: وإن شهد رجـلان على رجل بجرح أو قتل أو سرقـة قد توجب القطع أو زنا يوجب الرجم أو الجلد ونحـو ذلك فاقتص منـه أو قطع بالسرقة أو حـد فأفضى إلـى تلفه ثم رجعا عن الشهادة لزمـهما ضمان ما تلف بشهادتهما كـالشريكين فى الفعل ويكون الضمان فى مالهما لا تحمله عاقلتهما لأنها لا تحمل اعترافًا وهذا يثبت باعترافهما.

وقد روى عن على رضي الله عنه أن شاهدين شهدا عنده على رجل بالسـرقة فقطعه، ثم أتيا بآخر فقالا: يا أمير المؤمنين ليس ذاك السارق إنما هذا هو السارق، فأغرمهما دية الأول، وقال: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكمـا ولم يقبل قولهما فى الثانى (٩٢)، وإن أكره رجل رجـلاً على قتل إنسـان فقـتله فصـار الأمر إلى الدية، فهى عـليهمـا، لأنهمـا كالشريكيـن، ولهذا وجب القصاص عليهمـا، ولو أكره رجل امرأة فزنى بها فحملت، فمـاتت من الولادة ضمنها، لأنها ماتت بسبب فعله وتـحملها العاقلة، إلا أن لا يثبت ذلك إلا باعترافـه فتكون الدية عليه، لأن العاقلة لا تحمل اعترافًا.

فـصل: إذا بعث السلطان إلى امرأة ليحضرها فأسقطت جنينًا ميتًا ضمنه بغرة، لما روى أن عمر رضي الله عنه بعث إلى امرأة مغيبة كان يدخل عليها فقالت: يا ويلها ما لها ولعمر، فبينما هى فى الطريق إذ فزعت فضربها الـطلق فألقت ولدًا، فصاح الصبى صيحتين ثم مـات، فاستشار عمر أصحاب النبى ﷺ فأشار بعضهم أن ليس عليك شىء إنما أنت وال ومؤدب، وصمت علىٌّ، فأقبل عليه عـمر، فقال: ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال: إن كـانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك، إن ديته عليك، لأنك أفزعتها فألقته، فقال عمر: أقسـمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمـها على قومك (٩٣)، ولو فزعـت المرأة فمـاتت

إذا اختـار إمساكه بعـد الجناية، لأنه منع من تسليمه بإعـتاقه فهـو بمنزلة امتناعه من تسليـمه باختيار فدائه، ونقل ابن منصور عن أحمد أنه إن أعتقـه عالمًا بجنايته فعليه دية المقتول، وإن لم يكن عالمًا بها فعليـه قيمة العبد، لأنه إذا أعتقه مع العلم كان مـختاراً لفدائه بخلاف ما إذا لم يعلم فإنه لم يختر الفداء لعدم علمه به فلم يلزمه أكثر من قيمة فواته.

فـصل: وإن باعه أو هبه صح لما ذكرنا فى البيع ولم يزل تعلق الجناية عن رقبته فإن كان المشترى عالمـًا بحاله فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة وينتقل الخيـار فى فدائه وتسليمه إليه كالسيد الأول، وإن لم يعلم فله الخيار بين إمساكه ورده كسائر المعيبات.

33- مسألة: (وإن جرح العبد حرّاً فعفا عنه ثم مات من الجراحة ولا مال له وقيمة العبد عشر دية الحر واختار السيد فداءه وقلنا: يفدية بقيمته صح العفو فى ثلثه).

لأنه ثلث ما مـات عنه ويبقى الثلثان للورثة، وإن قلنا يفـديه بديته صح العفو فى خـمسة

(٩٢) تقدم برقم (١٧) فى المسألة رقم (١٤١٧).
(٩٣) تقدم برقم (٤١) فى المسألة (١٤٦٤).

لوجبت ديتها أيضًا، ووافق الشافعى فى ضمان الجنين وقال: لا تضمن المرأة، لأن ذلك ليس بسبب إلى هلاكها فى العادة.

ولنا: أنها نفس هلكت بإرساله إليها فضمنها كجنينهـا أو نفس هلكت بسببه فغرمها، كما لو ضربـها فمـاتت، وقوله: إنه ليس بـسبب عادة، قلـنا: ليس كذلك فـإنه سبب للإسـقاط والإسقاط سبب للهلاك عادة ثم لا يتعين فى الضمان كونه سببًا معتادًا، فإن الضربة والضربتين بالسوط ليست سبـبًا للهلاك فى العادة، ومتى أفضت إليه وجب الضمـان، وإن استعدى إنسان على امرأة فألقت جنينها، أو مـاتت فزعًا فعلى عاقلة المستعدى الضـمان، إن كان ظالمًا لها، وإن كانت هى الظالمـة فأحضرها عند الحـاكم فينبغى أن لا يضـمنها، لأنها سبب إحـضارها بظلمهـا فلا يضمنها غـيرها، ولأنه استـوفى حقه فلم يضمـن ما تلف به كالقصـاص ويضمن جنينها، لأنه تلف بفعله فأشبه ما لو اقتص منها.

فـصل: **ومن أخذ طعام إنسان أو شرابه فى برية أو مكان لا يقـدر فيه على طعام وشراب فهلك بذلك أو هلكت بهيمتـه فعليه ضمـان ما تلف به،** لأنه سـبب هلاكـه، وإن اضطر إلى طعام وشـراب لغيـره فطلبه مـنه فمنعـه إياه مع غناه عنه فى تلك الحال فـمات بذلك ضـمنه المطلوب منه، لمـا روى عن عمر ﷺ أنه قـضى بذلك، ولأنه إذا اضطر إليـه صار أحق به ممن هو فى يده وله أخـذه قهرًا، فـإذا منعه إياه تسبب إلى إهلاكـه بمنعه ما يسـتحقـه فلزمه ضمانه، كمـا لو أخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك، وظاهر كـلام أحمد أن الدية فى ماله، لأنه تعمد هذا الفعل الذى يقتل مثله غـالبًا، وقال القاضى: تكون على عاقلته، لأن هذا لا يوجب القصاص فيكون شـبه العمد، وإن لم يطلبه منه لم يضمنه، لأنه لم يمنـعه ولم يوجد منه فعل تسبب به إلا هلاكه، وكذلك كل من رأى إنسانًا فى مهلكة فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك لم يلزمه ضمانه وقد أساء، وقال أبو الخطاب: قـياس المسألة الأولى وجوب ضمانه، لأنه لم ينجه من الهلاك من إمكانه فيضمنه، كما لو منعه الطعام والشراب.

أسداسه وللورثة سدسه، لأن العفو صح فى شىء من قيـمته وله بزيادة الفداء تسعة أشياء بقى للورثة ألف إلا عشرة أشياء تعدل شيئين أجبر وقابل يصر ألف يعدل اثنى عشر شيئًا فالشىء إذًا يعدل نصف سدس الدية للورثة شيئان فتعدل السدس والله أعلم.

فـصل فى الجناية على العبـد: إذا قتل عبد مثله عمدًا فسيـد المقتول مخير بين القصاص والعفو فإن عـفا إلى مال تعلق المال برقبـة القاتل، لأنه وجب بجنايته وسيده مخـير بين فدائه وتسليمه فإن اختار فـداه بأقل الأمرين من قيمته أو قيمة المقتـول، لأن إن كان الأقل قيمته لم يلزمه أكثر منها، لأنها بدل عنه، وإن كان الأقل قيمـة المقتول فليس لسيده أكثر منها لأنه بدل عبده وعنه رواية أخرى أن سيده إن اختار فداءه فداه بأرش الجناية بالغًا ما بلغ وقد ذكرناه.

فـصل: **فإن قتل عشرة أعبد عـمدًا فعليهم القصاص** فإن اختار السيد قتلهم فله ذلك وإن

ولنا: أنه لم يهلكه، ولم يكن سببًا فى هلاكه فلم يضمنه، كما لو لم يعلم بحاله، وقياس هذا على هذه المسـألة غير صحيح، لأنه فى المسألة منعه منعًا كـان سببًا فى هلاكـه فضمنه بفعله الذى تعدى به، وههنا لم يفعل شيئًا يكون سببًا.

فصل: **ومن ضرب إنسانًا حتى أحدث، فإن عثمان ﷺ قضى فيه بثلث الدية**(٩٤)، وقال أحمد: لا أعرف شيئًا يدفعه، وبه قال إسحاق وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى: لا شىء فيه، لأن الدية إنما تجب لإتلاف منفعة أو عضـو أو إزالة جمال وليس ههنا شىء من ذلك، وهذا هو القياس، وإنما ذهب من ذهب إلى إيـجاب الثلث لقضية عثمـان، لأنها فى مظنة الشهرة، ولم ينقل خلافـها فيكون إجـماعًا، ولأن قـضاء الصحـابى بما يخالف القـياس يدل على أنه توقيف، وسـواء كان الحـدث ريحًا أو غائطًا أو بولاً، وكـذلك الحكم فيـما إذا أفزعـه حتى أحدث.

فصل: **إذا ادعى القاتل أن المقتول كان عبدًا، أو ضرب ملفوفًا فقده، أو ألقى عليه حائطًا أو ادعى أنه كان ميتًا، وأنكر وليـه ذلك فالقول قول الولى مع يمينه** وهذا أحد قولى الـشافعى، وقال فى الآخر: القول قول الجانى، لأن الأصل براءة ذمتـه وما ادعاه محتمل، فلا يزول عن اليقين بالشك.

ولنا: أن الأصل حيـاة المجنى عليه وحريتـه فيجب الحكم ببـقائه، كما لو قـتل من كان مسلمـًا وادعى أنه ارتد قبل قـتله وبهذا يبطل ما ذكـره، وهكذا لو قتل فى دار الإسـلام إنسانًا وادعى أنه كـان كافـرًا وأنكر وليه فـالقول قـول الولى، لأن الدار دار الإسـلام ولذلك حكمنا بإسلام لقـيطها، وإن قطع عضوًا وادعى شلله أو قـلع عينًا وادعى عماها وأنكر الولى فـالقول قول المجنى عليه لأن الأصل السلامـة وكذلك لو قطع ساعدًا وادعى أنه لم يكن عليه كف أو قطع ساقًا وادعى أنه لم يكن لها قدم، وقال القاضى: إن اتفقا على أنه كان بصيرًا فالقول قول

عفا إلى مال تعلقت قـيمة عبده برقابهم على كل واحد منهم عشـرها يباع منه بقدرها أو يفديه سيده، وإن اختار قتل بعضهم والعفو عن البعض فله ذلك، لأن له قتل الجميع والعفو عنهم، وإن قتل عبد عبدين لرجل واحد فله قتله والعفـو عنه، فإن قتله سقط حقه، وإن عفا إلى مال تعلقت قيمـة العبدين برقبتـه، فإن كانا لرجلين فكذلك إلا أن القاتل يقـتل بالأول منهما، لأن حقه أسبق، فـإن عفا عنه الأول قتل بالثانى، وإن قتـلهما دفعة واحدة أقرع بين الـسيدين فمن وقعت له القرعة اقتص وسقط حق الآخر، وإن عفا عن القصاص أو عفا سيد القتيل الأول إلى مال تعلق برقبة العبد، وللثانى أن يقتص، لأن تعلق المـال بالرقبة لا يسقط حق القصاص كما لو جنى العبد المرهون، فإن قتله الآخر سـقط حق الأول من القيمة، لأنه لم يبق محل يتعلق

---

(٩٤) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (١٠/ ٢٤/ ١٨٢٤٤) وابن أبى شيبة فى المصنف من كتاب «الديات» باب الرجل يضرب الرجل حتى يحدث (٦/ ص٣٨٧/ ١).

المجنى عليه وإلا فالقول قول الجانى، وهذا مذهب الشافعى، وكذلك على قياسه إذا اختلفا فى شلل العضو، لأن هذا مما لا يتعذر إقامة البينة عليه فإنه لا يخفى على أهله وجيرانه ومعاملته، وصفة تحمل الشهادة عليه، أنه كان يتبع الشخص بصره ويتوقى ما يتوقاه البصير ويتجنب البئر وأشباهه فى طريقه، ويعدل فى العطفات خلف من يطلبه.

ولنا: أن الأصل السلامة فكان القول قول من يدعيه، كما لو اختلفا فى إسلام المقتول وحياته، وقولهم: لا تتعذر إقامة البينة عليه، قلنا: وكذلك لا تتعذر إقامة البينة على ما يدعيه الجانى فإيجابها عليه أولى من إيجابها على من يشهد له الأصل، ثم يبطل بسائر المواضع التى سلموها، فإن قالوا: ههنا ما ثبت أن الأصل وجود البصر، قلنا: الظاهر يقوم مقام الأصل ولهذا رجحنا قول من يدعى حريته وإسلامه.

فصل: وإن زاد فى القصاص من الجراح، وقال: إنما حصلت الزيادة باضطرابه وأنكر المجنى عليه ففيه وجهان: أحدهما: القول قول المقتص منه، لأن الأصل عدم الاضطراب ووجوب الضمان، **والثانى:** القول قول المقتص، لأن الأصل براءة ذمته وما يدعيه محتمل، والأول أصح فإن الجرح سبب وجوب الضمان وما يدعيه من الاضطراب المانع من ثبوت حكمه الأصل عدمه، فالقول قول من ينفيه، كما لو جرح رجلاً وادعى أنه جرحه دفعًا عن نفسه أو قتله، وادعى أنه وجده مع أهله أو قتل بهيمة وادعى أنها صالت عليه.

به وإن عفا الثانى تعلقت قيمة القتيل الثانى برقبته أيضًا ويباع فيهما ويقسم ثمنه على قدر القيمتين ولم يقدم الأول بالقيمة كما قدمناه بالقصاص، لأن القصاص لا يتبعض بينهما والقيمة يمكن تبعيضها، **فإن قيل:** فحق الأول أسبق، **قلنا:** لا يراعى السبق كما لو أتلف أموالاً لجماعة واحدًا بعد واحد.

فصل: فإن قتل العبد عبدًا بين شريكين كان لهما القصاص والعفو، فإن عفا أحدهما سقط القصاص وينتقل حقهما إلى القيمة، لأن القصاص لا يتبعض، **فإن قتل** عبدين لرجل واحد فله أن يقتص منه لأحدهما أيهما كان وسقط حقه من الآخر، وله أن يعفو عنه إلى مال وتتعلق قيمتهما جميعًا برقبته.

باب ديات الجراح

الجراح تتنوع نوعين: **أحدهما**: الشجاج وهى ما كان فى رأس أو وجه، **النوع الثانى**: ما كان فى سائر البدن وينقسم قسمين: **أحدهما**: قطع عضو، **والثانى**: قطع لحم والمضمون فى الآدمى ضربان: **أحدهما**: ما ذكرنا، **والثانى**: تفويت منفعه كتفويت السمع والبصر والعقل.

١٤٨٢- **مسألة:** قال رحمه الله: **(ومن أتلف ما فى الإنسان منه شىء واحد ففيه الدية وما فيه شيئان ففى كل واحد منهما نصف الدية)**.

وجملة ذلك: أن كل عضو لم يخلق الله تعالى فى الإنسان منه إلا واحدًا كاللسان والأنف والذكر والصلب ففيه دية كاملة، لأن إتلافه إذهاب منفعة الجنس وإذهابها كإتلاف النفس، وما فيه منه شيئان كاليدين والرجلين والعينين والأذنين والمنخرين والشفتين والخصيتين والثديين والأليتين ففيهما الدية كاملة، لأن فى إتلافها إذهاب منفعة الجنس، وفى إحداهما نصف، لأن فى إتلافه إذهاب نصف منفعة الجنس وهذه الجملة مذهب الشافعى ولا نعلم فيه مخالفًا، وقد روى عن الزهرى عن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب له فى كتابه: «وفى الأنف إذا أوعب جدعه الدية وفى اللسان الدية وفى الشفتين الدية وفى البيضتين الدية وفى الذكر الدية وفى الصلب الدية وفى العينين الدية وفى الرجل الواحدة نصف الدية»[١] رواه النسائى وغيره، ورواه ابن عبد البر وقال: كتاب عمرو بن حزم معروف عند الفقهاء، وما فيه متفق عليه عند العلماء إلا قليلاً.

فصل: وما فى الإنسان منه أربعة أشياء ففيها الدية، وفى كل واحد منها ربع الدية، وهو

باب ديات الأعضاء ومنافعها

وهى نوعان: **أحدهما**: الشجاج وهى ما كان فى الرأس والوجه وسنذكرها فى بابها، **والثانى**: ما كان فى سائر البدن وينقسم قسمين: **أحدهما**: قطع عضو، **والثانى**: قطع لحم، والمضمون فى الآدمى ضربان: أحدهما: ما ذكرنا، **والثانى**: تفويت منفعة كإذهاب السمع والبصر والشم والذوق والعقل ونحو ذلك.

(من أتلف ما فى الإنسان منه شىء واحد ففيه الدية، وهو الذكر والأنف واللسان الناطق ولسان الصبى الذى يحركه بالبكاء).

وجملة ذلك: أن كل عضو لم يخلق الله سبحانه منه إلا واحدًا كالأنف واللسان فيه دية كاملة، لأن فى إتلافه إذهاب منفعة الجنس وإذهابها كالنفس.

---

(١) تقدم برقم (١) فى أول كتاب الديات.

أجفان العيـنين وأهدابها، وما فيه منه عشـرة ففيها الدية، وفى كل واحد منهـا عشرها، وهى أصابع اليدين وأصـابع الرجلين وما فيه منه ثلاثة أشيـاء ففيها الدية، وفى الواحـد ثلثها، وهو المنخران والحاجز بينهما وعنه فى المنخرين الدية وفى الـحاجز حكومة، لأن المنخرين شيئان من جنس فكان فـيهمـا الدية كالشفـتين، وليس فى البـدن شىء من جنس يزيد على الدية إلا الأسنان فإن فى كل سـن خمسًا من الإبل فتزيد على الدية وقـد روى أنه ليس فيـها إلا الدية قيـاسًا على سائر مـا فى البدن، والصحـيح الأول، لأن الخبر عـن النبى ﷺ ورد بإيجاب خمس فى كل سن فيجب العمل به وإن خالف القياس.

1- **مـسـألة:** (وما فيـه منه شيئن ففـيهما الدية وفى أحـدهما نصفها كـالعينين والأذنين والشفتين واللحين وثديى المرأة وثندوتى الرجل واليدين والرجلين والخصيتين والإليتين).

لأن فى إتلافهـما إذهاب منفعـة الجنس فكان فيـهما الدية وفى أحـدهما نصفـها، وهذه الجملة مذهب الشافعى ولا نعلم مخالفًـا، وقد روى الزهرى عن أبى بكر بن محمد بن عمرو ابن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب له وكان فى كتابه «وفى الأنف إذا أوعب جدعـه الدية وفى اللسان الدية وفى الشفـتين الدية وفى البـيضتين الـدية وفى الذكر الدية وفى الصلب الدية وفى العينين الدية وفى الرجل الواحدة نصف الدية»[1] رواه النسائى، ورواه ابن عبد البر وقال: كـتاب عمرو بن حزم معروف عند العلماء وما فيـه متفق عليه إلا قليلاً، وعن أحمـد فى الشفة السـفلى ثلثا الدية وفى العـليا ثلثهـا يروى هذا عن زيد بن ثابت، لأن النفع بالسـفلى أعظم، لأنها تدور وتتـحرك وتحـفظ الريق والطعام، والأولى أصح لقـول أبى بكر الصديق وعلى ﷺ، ولأن كل شيـئين وجبت الدية فيهـما وجب نصفها فى أحدهمـا كاليدين ولا عبرة بزيادة النفع كاليمنى مع اليسرى.

2- **مـسـألة:** (وفى المنخرين ثلثا الدية وفى الحاجـز ثلثها وعنه فى المنخرين الدية وفى الحاجز حكومة).

وجـملة ذلك: أن ما فى البدن منه ثلاثة ففيهـا الدية وفى كل واحد ثلثها وذلك المنخران والحاجز بينهما، وبهذا قال إسحاق وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأن المارن يشتمل على ثلاثة أشـياء من جـنس فتـوزعت الدية على عـددها كسـائر مـا فيـه عدد من الأصـابع والأجفان، وعنه فى المنخرين الدية وفى الحاجز حكومة حكاها أبو الخطاب، قال أحمد: فى كل زوجين من الإنسان الدية، وهو الوجه الثانى لأصـحاب الشافعى، لأن المنخرين ليس فى البدن لهما ثالث فأشبها اليدين، ولأنه بقطع المـنخرين أذهب الجمال كله والمنفعة فأشبه قطع اليدين، فـعلى هذا الوجه فى قطع أحد المنخـرين نصف الدية، وإن قطع معـه الحاجز ففـيه حكومة، وإن قطع نصف الحـاجز أو أقل أو أكثر لم يـزد على حكومة، وعلى الأول فى قطع

---

(1) تقدم فى أول الكتاب «الديات» برقم (١) مسألة (١٤٨٢).

أحد المنخرين ونصف الحاجز نصف الدية وفى قطع جميعه مع المنخر ثلثا الدية وفى قطع جزء من الحاجز أو أحد المنخرين بقدره من ثلث الدية يقدر بالمساحة، وإن شق الحاجز ففيه حكومة وإن بقى منفرجًا فالحكومة فيه أكثر والأول أظهر، لأن ما كان فيه ثلاثة أشياء ينبغى أن يوزع على جميعها كما وزعت الدية أرباعًا على ما هو أربعة أشياء كأجفان العينين، وأنصافًا على ما هو اثنان كاليدين.

3- **مسألة:** (وفى الأجفان الأربعة الدية وفى كل واحد ربعها) كما ذكرنا فيما فيه منه اثنان.

4- **مسألة:** (وفى أصابع اليدين الدية وكذلك أصابع الرجلين وفى كل أصبع عشرها).

لأنها عشر الدية على عددها كما قسمت على عدد الأجفان ولما روى ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «دية أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل لكل أصبع»[2] قال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح، وفى لفظ قال: قال رسول الله ﷺ: «هذه وهذه سواء»[3] يعنى الابهام والخنصر، أخرجه البخارى.

5- **مسألة:** (وفى كل أنملة ثلث عقلها).

لأن فى كل أصبع ثلاث أنامل فتقسم دية الأصبع عليها كما قسمت دية اليد على الأصابع بالسوية إلا الإبهام فإنها مفصلان ففى كل مفصل نصف عقلها وهو خمس من الإبل.

6- **مسألة:** (وفى الظفر خمس دية الأصبع وهكذا ذكره أبو الخطاب).

يعنى إذا قلعه ولم يعد، والتقديرات يرجع فيها إلى التوقيف، فإن لم يكن فيها توقيف فالقياس أن فيه حكومة كسائر الجراح التى ليس فيها مقدر.

7- **مسألة:** (وفى كل سن خمس من الإبل إذا قلعت ممن قد أثغر ـ يعنى ألقى أسنانه ثم عادت ـ والأضراس والأنياب كالأسنان ويحتمل أن يجب فيها دية واحدة).

لا نعلم بين أهل العلم خلافًا فى أن دية الأسنان خمس خمس فى كل سن، وقد روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس ومعاوية وسعيد بن المسيب وعروة وعطاء وطاوس وقتادة والزهرى ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبى حنيفة ومحمد بن الحسن، وفى كتاب عمرو بن حزم عن النبى ﷺ «فى السن خمس من الإبل» رواه النسائى، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ قال: «فى الأسنان خمس خمس»[4] رواه أبو داود، فأما الأضراس فأكثر أهل العلم على أنها مثل الأسنان منهم عروة وطاوس وقتادة

(2) أخرجه أبو داود فى «الديات» (٤/ ٤٥٦١) والنسائى (٨/ ٤٨٦٢) وإسناده صحيح.

(3) أخرجه أبو داود فى «الديات» (٤/ ٤٥٥٩) وابن ماجه (٢/ ح٢٦٥٠) وإسناده صحيح.

(4) أخرجه أبو داود فى «الديات» (٤/ ٤٥٦٣) وإسناده حسن.

والزهرى ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن، وروى ذلك عن ابن عباس ومعاوية، وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى فى الأضراس ببعير بعير، وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال: لو كنت أنا لجعلت فى الأضراس بعيرين بعيرين فتلك الدية سواء رواه مالك فى موطئه(5)، وعن عطاء نحوه، وحكى عنه أحمد أن فيها دية واحدة فيتعين حمل هذه الرواية على مثل قول سعيد للإجماع على أن فى كل سن خمسًا من الإبل وورود الحديث به فيكون فى الأسنان والأنياب ستون بعيرًا، لأن فيه أربع ثنايا وأربع رباعيات وأربعة أنياب فيها خمس خمس وفيه عشرون ضرسًا فى كل جانب عشرة خمسة من فوق وخمسة من أسفل فيكون فيها أربعون بعيرًا فى كل ضرس بعيران فتكمل الدية، وحجة من قال هذا أنه ذو عدد تجب فيه الدية فلم تزد ديته على دية الإنسان كالأصابع والأجفان وسائر ما فى البدن ولأنها تشتمل على منفعة جنس فلم تزد ديتها على الدية كسائر منافع الجنس، ولأن الأضراس تختص بالمنفعة دون الجمال والأسنان فيها منفعة وجمال فاختلفا فى الأرش.

ولنا: ما روى أبو داود بإسناده عن ابن عباس أن النبى ﷺ قال: «الأصابع سواء الثنية والضرس سواء والأسنان سواء هذه وهذه سواء»(6) وهذا نص وقوله فى الأحاديث المتقدمة «فى الأسنان خمس خمس» ولم يفصل يدخل فى عمومها الأضراس، لأنها أسنان، ولأن كل دية وجبت فى جملة كانت مقسومة على العدد دون المنافع كالأصابع والأجفان، وقد أومأ ابن عباس إلى هذا فقال: لا أعتبرها بالأصابع، فأما ما ذكروه من المعنى فلا بد من مخالفة القياس فيه فمن ذهب إلى قولنا خالف المعنى الذى ذكروه ومن ذهب إلى قولهم خالف التسوية الثانية بقياس سائر الأعضاء من جنس واحد فكان ما ذكرناه مع موافقة الأخبار وقول أكثر أهل العلم أولى، وأما على قول عمر إن فى كل ضرس بعيرًا فيخالف القياس والأخبار جميعًا، فإنه لا يوجب الدية الكاملة، وإنما يوجب ثمانين بعيرًا ويخالف بين الأعضاء المتجانسة والله أعلم.

8- **مسألة:** قال: **(إذا قلعت ممن قد ثغر وهو الذى أبدل أسنانه وبلغ حدًا إذا قلعت سنه لم يعد بدلها).**

يقال: ثغر وأثغر إذا كان كذلك، فأما سن الصبى الذى لم يثغر فلا يجب بقلعها فى الحال شىء كنتف شعره لكن ينظر عودها، فإن مضت مدة يئس من عودها وجبت ديتها، قال أحمد: يتوقف سنة، لأنها الغالب فى نباتها، وقال القاضى: إذا سقطت أخواتها ولم تعد هى أخذت الدية، وإن نبت مكانها أخرى لم تجب ديتها كما لو نتف شعره فعاد مثله لكن إن

(5) أخرجه مالك فى «الموطأ» (٢/ ٨٦١) وذكره ابن عبد البر فى التمهيد (١٧/ ٣٠٧٣).

(6) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٤/ ٤٥٥٩) وابن ماجه فى «سننه» (٢/ ٢٦٥٠) وإسناده صحيح.

عادت قصيرة أو مشوهة ففيها حكومة، لأن الظاهر أن ذلك بسبب الجناية عليها، فإن أمكن تقدير نقصها عن نظيرتها ففيها ديتها بقدر ما نقص، وكذلك إن كانت فيها ثلمة أمكن تقديرها ففيه بقدر ما ذهب منها كما لو كسر من سنه ذلك القدر، وإن نبتت أطول من أخواتها ففيها حكومة، لأن ذلك عيب وقيل: لا شيء فيها، لأن هذا زيادة والصحيح الأول، لأن ذلك شين حصل بسبب الجناية فأشبه نقصها، وإن نبتت مائلة عن صف الأسنان حيث لا ينتفع بها ففيها ديتها، لأن ذلك كذهابها، وإن كانت ينتفع بها ففيها حكومة للشين الحاصل بها ونقص نفعها، وإن نبتت صفراء أو حمراء أو متغيرة ففيها حكومة لنقص جمالها، وإن نبتت سوداء أو خضراء ففيها روايتان حكاهما القاضي **إحداهما**: فيها دية، **والثانية**: حكومة، كما لو سودها من غير قلعها، وإن مات الصبي قبل اليأس من عودها فعلى وجهين: **أحدهما**: لا شيء له لأن الظاهر أنه لو عاش عادت فلم يجب فيها شيء كما لو نتف شعره، **والثاني**: فيه الدية، لأنه قلع سنّا يئس من عودها فوجبت ديتها كما لو مضى زمن تعود في مثله فلم تعد، وإن قلع سن من قد ثغر وجبت ديتها في الحال، لأن الظاهر أنها لا تعود، فإن عادت لم تجب الدية، وإن كان قد أخذها ردها وبهذا قال أصحاب الرأي، وقال مالك: لا يرد شيئًا، لأن العادة أنها لا تعود فمتى عادت هبة من الله مجددة فلا يسقط بذلك ما وجب له بقلع سنه وعن الشافعي كالمذهبين.

ولنا: أنه عاد له في مكانها مثل التي قلعت فلم يجب له شيء كالذي لم يثغر، وإن عادت ناقصة أو مشوهة فحكمها حكم سن الصغير إذا عادت على ما ذكرنا، ولو قلع سن من لم يثغر فمضت مدة يئس من عودها وحكم بوجوب الدية فعادت بعد ذلك فهي كسن الكبير إذا عادت.

فصل: وإن قلع سنّا مضطربة لكبر أو مرض فكانت منافعها باقية من المضغ وحفظ الطعام والريق وجبت ديتها، وكذلك إن ذهب بعض منافعها وبقي بعضها، لأن جمالها وبعض منافعها باق فكملت ديتها كاليد المريضة ويد الكبير، وإن ذهبت منافعها كلها فهي كاليد الشلاء على ما نذكره إن شاء الله تعالى، وإن قلع سنّا فيها داء آكله، فإن لم يذهب شيء من أجزائها ففيها دية السن الصحيحة، لأنها كاليد المريضة، وإن سقط من أجزائها شيء سقط من ديتها بقدر الذاهب منها ووجب الباقي، وإن كانت أحد ثنيتيه قصيرة نقص من ديتها بقدر نقصها كما لو نقصت بكسرها.

فصل: وإن جنى على سنه جان فاضطربت وطالت عن الأسنان وقيل: إنها تعود إلى مدة إلى ما كانت عليه انتظرت إليها، فإن ذهبت وسقطت وجبت ديتها، وإن عادت كما كانت فلا شيء فيها كما لو جنى على يد فمرضت ثم برأت، وإن بقي فيها اضطراب ففيها حكومة وإن قلعها قالع فعليه ديتها كاملة كما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا وعلى الأول حكومة لجنايته،

وإن مضت المدة ولم تعد إلى ما كانت عليه ففيها حكومة، وإن قلعها قالع فعليه ديتها كما ذكرنا، وإن قالوا: يرجى عودها من غير تقدير مدة وجبت الحكومة فيها لئلا يفضى إلى إهدار الجناية وإن عادت سقطت الحكومة كما ذكرنا فى غيرها.

٩- مسألة: (وتجب دية اليد والرجل فى قطعهما من الكوع والكعب فإن قطعهما من فوق ذلك لم يزد على الدية، وقال القاضى: فى الزائد حكومة).

أجمع أهل العلم على وجوب الدية فى اليدين والرجلين ووجوب نصفها فى إحداهما وقد روى عن معاذ بن جبل أن النبى ﷺ قال: «فى اليدين الدية وفى الرجلين الدية» وفى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم: «وفى اليد خمسون من الإبل» واليد التى تجب فيها الدية من الكوع، لأن اسم اليد عند الإطلاق ينصرف إليها، لأن الله تعالى لما أمر بقطع يد السارق كان الواجب قطعها من الكوع فإن قطع يده من فوق الكوع فقطعها من المرفق أو نصف الساعد فليس عليه إلا دية واحدة نص عليه فى رواية أبى طالب، وهذا قول عطاء وقتادة وابن أبى ليلى ومالك وهو قول بعض أصحاب الشافعى وظاهر مذهبه عند أصحابه أنه يجب مع دية اليد حكومة لما زاد، لأن اسم اليد لها إلى الكوع، ولأن المنفعة المقصودة فى اليد من البطش والأخذ والنفع بالكف وما زاد تابع للكف والدية تجب فى قطعها من الكوع فيجب فى الزائد حكومة، قال أبو الخطاب: وهو قول القاضى.

ولنا: أن اليد اسم للجميع إلى المنكب بدليل قوله تعالى: ﴿وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ (المائدة: ٦) ولما نزلت آية التيمم مسح الصحابة إلى المناكب وقال ثعلب: اليد إلى المنكب، وفى عرف الناس أن جميع ذلك يسمى يدًا فإذا قطعها من فوق الكوع فما قطع إلا يدًا فلا يلزمه أكثر من ديتها فأما قطعها فى السرقة فلأن المقصود يحصل به وقطع بعض الشىء يسمى قطعًا له كما يقال: قطع ثوبه إذا قطع جانبًا منه، وقولهم: إن الدية تجب فى قطعها من الكوع قلنا: ولذلك تجب بقطع الأصابع منفردة ولا يجب بقطعها من الكوع أكثر مما يجب بقطع الأصابع والذكر يجب فى قطعه من أصله مثل ما يجب فى قطع حشفته، وأما إذا قطع يده من الكوع ثم قطعها من المرفق وجب فى المقطوع ثانيًا حكومة، لأنه وجبت عليه دية اليد بالقطع الأول فوجب بالثانى حكومة كما لو قطع الأصابع ثم قطع الكف أو كما لو فعل ذلك اثنان.

فصل: وإن كان له كفان فى ذراع أو يدان على عضد وإحداهما باطشة دون الأخرى أو إحداهما أكثر بطشًا أو فى سمت الذراع والأخرى منحرفة عنه أو إحداهما تامة والأخرى ناقصة فالأولى هى الأصلية والأخرى زائدة ففى الأصلية ديتها والقصاص بقطعها عمدًا وفى الزائد حكومة سواء قطعها مفردة أوسع الأصلية، وعلى قول ابن حامد: لا شىء فيها، لأنها عيب فهى كالسلعة فى اليد، وإن استويا من كل الوجوه وكانتا غير باطشتين ففيهما ثلث دية

اليد أو حكومة ولا تجب دية اليد كاملة، لأنهما لا نفع فيهما فهما كاليد الشلاء، وإن كانتا باطشتين ففيهما جميعًا دية اليد وهل تجب حكومة مع ذلك؟ على وجهين بناء على أن الزائدة هل فيها حكومة أو لا؟ وإن قطع إحداهما فلا قود لاحتمال أن تكون هى الزائدة فلا تقطع الأصلية بها وفيها نصف ما فيها لتساويهما، وإن قطع أصبعًا من إحداهما وجب أرش نصف أصبع وفى الحكومة وجهان، وإن قطع ذو اليد التى لها طرفان وجب القصاص فيهما على قول ابن حامد، لأن هذا نقص لا يمنع القصاص كالسلعة فى اليد وعلى قول غيره لا يجب لئلا يأخذ يدين بيد واحدة ولا نقطع إحداهما لأننا لا نعرف الأصلية فنأخذها ولا نأخذ زائدة بأصلية.

فصل: وفى الرجلين الدية بغير خلاف وفى إحداهما نصفها لما ذكرنا من الحديث والمعنى فى اليدين وفى تفصيلها كما ذكرنا من التفصيل فى اليدين، ومفصل الكعبين ههنا مثل مفصل الكوعين فى اليدين وفى قدم الأعرج ويد الأعسم الدية، لأن العرج لمعنى فى غير القدم والعسم إعوجاج فى الرسغ وليس ذلك عيبًا فى قدم ولا كف فلم يمنع كمال الدية فيهما، وذكر أبو بكر: أن فى كل واحد منها ثلث الدية كاليد الشلاء ولا يصح، لأنهما لم تبطل منفعتهما فلم تنقص ديتهما بخلاف اليد الشلاء، فإن كان له قدمان فى رجل واحدة فالحكم على ما ذكرنا فى اليدين، وإن كانت إحدى القدمين أطول من الأخرى وكان الطويل مساويًا للرجل الأخرى فهو الأصلى، وإن كان زائدًا عنها والآخر مساو للرجل الأخرى فهو الأصلى، وإن كان له فى كل رجل قدمان يمكنه المشى على الطويلتين مشيًا مستقيمًا فهما الأصليتان، وإن لم يمكنه فقطع وأمكنه المشى على القصيرين فهما الأصليان والآخران زائدين فإن أشل الطويلين ففيهما الدية، لأن الظاهر أنهما الأصليان فإن قطعهما قاطع فأمكنه المشى على القصرين تبين أنهما الأصليان، وإن لم يمكنه فالطويلان هما الأصليان.

10- **مسألة:** (وفى مارن الأنف وحشفة الذكر وحلمتى الثديين دية العضو كاملة).

فى الأنف الدية إذا قطع مارنه بغير خلاف بينهم حكاه ابن المنذر وابن عبد البر عمن يحفظه من أهل العلم وفى كتاب عمرو بن حزم عن النبى ﷺ أنه قال: وفى الأنف إذا أوعب جدعًا الدية، وفى رواية مالك فى الموطأ: إذا أوعى جدعًا يعنى: استوعب واستوصل، ولأنه عضو فيه جمال ومنفعة ليس فى البدن منه إلا شىء واحد فأشبه اللسان.

فصل: وإنما الدية فى مارنه وهو ما لأن منه هكذا قال الخليل وغيره، ولأنه يروى عن طاوس أنه قال: كان فى كتاب رسول الله ﷺ فى الأنف إذا أوعب مارنه جدعًا الدية وفى بعضه إذا قطع بقدره من الدية يمسح ويعرف قدر ذلك يروى هذا عن عمر بن عبد العزيز والشعبى والشافعى.

11- مســـألة: (ويحتمل أن يجب على من استوعب الأنف جدعًا دية وحكومة فى القصبة).

إذا قطع المارن مع القصبة ففيه الدية فى قياس المذهب ويحتمل أن يجب فى المارن الدية وحكومة فى القصبة وهذا مذهب الشافعى، لأن المارن وحده موجب للدية فوجبت الحكومة فى الزائد، كما لو قطع القصبة وحدها مع قطع لسانه.

ولنا: قوله ﷺ: «فى الأنف إذا أوعب جدعًا الدية» ولأنه عضو واحد فلم يجب فيه أكثر من دية واحدة كالذكر إذا قطع من أصله، وبهذا يبطل ما ذكروه ويفارق إذا قطع لسانه وقصبته، لأنهما عضوان فلا تدخل دية أحدهما فى الآخر أما العضو الواحد فلا يبعد أن يجب فى جميعه ما يجب فى بعضه كالذكر تجب فى حشفته الدية التى تجب فى جميعه، وفى الثدى كله ما فى حلمته، فأما إن قلع الأنف وما تحته من اللحم ففى اللحم حكومة، لأنه ليس من الأنف، فأشبه ما لو قطع الذكر واللحم الذى تحته.

12- مسألة: (وفى الذكر الدية) أجمع أهل العلم على ذلك، لأن فى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم: «وفى الذكر الدية» وذكر الصغير والكبير والشيخ والشاب سواء فى الدية لعموم الحديث، وسواء قدر على الجماع أو لم يقدر، وفى حشفة الذكر الدية، وهو قول جماعة من أهل العلم ولا نعلم فيه مخالفًا، لأن منفعته تكمل بالحشفة كما تكمل منافع اليد بالأصابع فكملت الدية بقطعها كالأصابع، وإن قطع الذكر كله أو الحشفة وبعض العصبة لم يجب أكثر من الدية، كما لو قطع الأصابع وبعض الكف.

13- مسألة: (وفى الثديين الدية).

ولا نعلم خلافًا فى أن فى ثديى المرأة الدية، وفى الواحد منهما نصف الدية، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن فى ثدى المرأة الدية، وفى الثديين الدية، وممن حفظنا عنه ذلك الحسن والشعبى والزهرى ومكحول وقتادة ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى، ولأن فيهما جمالاً ونفعًا فأشبها اليدين والرجلين.

14- مسألة: (وفى قطع حلمتى الثديين ديتهما).

نص عليه أحمد، وروى نحو هذا عن الشعبى والنخعى والشافعى، وقال مالك والثورى: إن ذهب اللبن وجبت ديتهما، وإلا وجبت حكومة بقدر شينه، ونحوه قال قتادة: إذا ذهب الرضاع بقطعهما ففيهما الدية.

ولنا: أنه ذهب منهما ما تذهب المنفعة بذهابه فوجبت ديتهما كالأصابع مع الكف وحشفة الذكر، وبيان ذهاب المنفعة أن بهما يشرب الصبى ويرتضع فهما كالأصابع فى الكف، وإن قطع الثديين كلهما فليس فيهما إلا دية، كما لو قطع الذكر كله، وإن حصل مع قطعهما جائفة وجب فيها ثلث الدية مع ديتهما وإن ضربهما فأشلهما ففيهما الدية، كما لو أشل يديه، وإن

جنى عليهما من صغيرة، ثم ولدت فلم ينزل لها لبن، سئل أهل الخبرة، فإن قالوا: إن الجناية سبب قطع اللبن، فعليه ما على من ذهب باللبن بعد وجوده، وإن قالوا: ينقطع بغير الجناية لم يجب عليه أرشه، لأن الأصل براءة ذمته فلا يجب فيها شيء بالشك، وإن جنى عليهما فنقص لبنهما أو جنى على ثديين ناهدين فكسرهما أو صار بهما مرض، ففيه حكومة لنقصه الذى نقصهما.

15- **مسألة:** (وفى ثديى الرجل وهما الثندوتان الدية).

وبه قال إسحاق، وحكى ذلك قولاً للشافعى، وقال النخعى ومالك وأصحاب الرأى وابن المنذر: فيهما حكومة وهو ظاهر مذهب الشافعى لأنه ذهب بالجمال ومن غير منفعة، فلم يجب دية، كما لو أتلف العين القائمة واليد الشلاء، وقال الزهرى: فى حلمة الرجل خمس من الإبل، وعن زيد بن ثابت فيه ثمن الدية.

ولنا: أن ما وجب فيه الدية من المرأة وجب فيه من الرجل كسائر الأعضاء، ولأنهما عضوان فى البدن يحصل بهما الجمال، ليس فى البدن غيرهما من جنسهما فوجب فيهما الدية كاليدين، ولأنه أذهب الجمال على الكمال فوجبت فيهما الدية كالشعور الأربعة عند أبى حنيفة، وكأذنى الأصم وأنف الأخشم عند الجميع، ويفارق العين القائمة لأنه ليس فيهما جمال كامل، ولأنها عضو قد ذهب منه ما تجب فيه الدية، فلم تكمل ديته كاليدين إذا شلتا بخلاف مسألتنا.

وما فى اللثة منها يسمى سنخًا، فإذا كسر السن ثم جاء آخر فقلع السنخ ففى السن ديتها وفى السنخ حكومة، كما لو قطع إنسان أصابع رجل ثم قطع آخر كفه، وإن قلعها الأول بسنخها لم يجب فيها أكثر من ديتها، كما لو قطع اليد من كوعها، وإن فعل ذلك فى مرتين فكسر السن ثم عاد فقلع السنخ ففيه ديتها وحكومة، لأن ديتها وجبت بالأول ثم وجب عليه بالثانى حكومة، كما لو فعله غيره، وكذلك لو قطع الأصابع ثم قطع الكف، وإن كسر بعض الظاهر ففيه من دية السن بقدره إن كان ذهب النصف وجب نصف الأرش وإن كان الذاهب الثلث وجب الثلث، وإن جاء آخر فكسر بقيتها فعليه بقية الأرش، فإن قلع الثانى سنخها نظرنا فإن كان الأول كسرها عرضًا فليس على الثانى للسنخ شيء، لأنه تابع لما قلعه من ظاهر السن، فصار كما لو قطع الأول من كل أصبع من أصابعه أنملة ثم قطع الثانى يده من الكوع، وإن كان الأول كسر نصف السن طولاً دون سنخه فجاء الثانى فقلع الباقى بالسنخ كله فعليه دية النصف الباقى، وحكومة لنصف السنخ الذى بقى من كسر الأول، كما لو قطع الأول أصبعين من يد ثم جاء الثانى فقطع الكف كله، فإن اختلف الثانى والمجنى عليه فيما قلعه الأول، فالقول قول المجنى عليه، لأن الأصل سلامة السن، وإن انكشف اللثة عن بعض السن فالدية فى قدر الظاهر عادة دون ما انكشف على خلاف العادة، وإن اختلفا فى قدر الظاهر اعتبر ذلك

١٤٨٣- **مسألة:** قال: (وفى العينين الدية).

أجمع أهل العلم على أن فى العـينين إذا أصيبتـا خطأ الدية وفى العين الواحدة نصـفها، لقول النبى ﷺ : «وفى العينين الدية»(٢) ولأنه ليس فى الجسد منهما إلا شيئان ففيهما الدية وفى إحداهما نصفها كسائر الأعضاء التى كذلك، وروى عن النبى ﷺ أنه قال: «وفى العين الواحدة خمســون من الإبل» رواه مالك فى موطئه(٣)، ولأن العينين من أعظم الجـوارح نفعًا وجمالاً فكانت فيهما الدية وفى إحداهما نصفها كاليدين، إذا ثبت هذا: فلا فرق بين أن يكونا صغيرتين أو كبيرتين ومليحتين أو قبيحتين أو صحيحتين أو مريضتين أو حولاوين أو رمضتين، فإن كان فيهما بياض لا ينقص البصر لم تنقص الدية، وإن نقص البصر نقص من الدية بقدره، وفى ذهاب البـصر الدية، لأن كل عـضوين وجبـت الدية بذهابهمـا وجبت بإذهاب نفـعهـما كاليدين إذا أشلهما، وفى ذهاب بصر أحـدهما نصف الدية كما لو أشل يدًا واحدة، وليس فى إذهابهما بنفعها أكثر من دية كاليدين.

فـصل: وإن جنى على رأسه جناية ذهب بها بصره فعليه ديته، لأنه ذهب بسبب جنايته، وإن لم يذهب بها فداواها فذهب بالمداواة فعليه ديته، لأنه ذهب بسبب فعله، وإن اختلفوا فى ذهاب البصر رجع إلى اثنين عدلين مسلمين من أهل الخبـرة، لأن لهما طريقًا إلى معرفة ذلك لمشاهدتهـما العين التى هى محل البصـر ومعرفة بحالها بخـلاف السمع، وإن لم يوجد أهل الخبرة أو تعذر معرفة ذلك اعتبر بأن يوقف فى عين الشمس ويقرب الشىء من عينه فى أوقات غفلتـه فإن طرف عينه وخـاف من الذى يخوف به فهـو كاذب وإلا حكم له، وإذا علم ذهاب

بأخواتها، فإن لم يكن لها شىء تعتبـر به، ولم يمكن أن يعرف ذلك من أهل الخبرة، فالقول قول الجانى، لأن الأصل براءة ذمته، ويحتمل أن يجب على من استوعب جدعًا دية وحكومة فى القصبة، وهذا مذهب الشافعى، وقد ذكر كقطع اليد من نصف الساعد.

16- **مسألة:** (وفى العينين الدية).

أجمع أهل العلم على ذلك وعلى أن فى العين الواحدة نصفها، لقول النبى ﷺ : «وفى العينين الدية» وروى عن النبى ﷺ أنه قـال: «وفى العين الواحدة خمـسون من الإبل» رواه مالك فى المـوطأ، لأن العينين من أعظم الجـوارح نفعًـا، فكانت فيهـما الدية وفى أحـدهما نصفها كـاليدين، إذا ثبت هذا فيستوى فى ذلك الصغـيرتان والكبيرتان والمليحتان والقبـيحتان والصحـيحتان والمـريضتان والحـولاء والرمضاء، فـإن كان بياض لا ينقص البـصر لم تنقص الدية، وإن نقص من البصر نقص من الدية بقدره.

---

(٢)تقدم برقم (١) فى أول كتاب الديات.

(٣)أخرجه مالك فى «الموطأ» (٢/ ٨٤٩) والنسائى (٤٨٧٧٨) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٢١٧) وقال الشيخ أحمد شاكر: إسناده صحيح وهو حديث طويل اشتمل على أحكام جمة وعظيمة.

بصره، وقال أهل الخبرة: لا يرجى عوده، وجبت الدية، وإن قالوا: يرجى عوده إلى مدة عينوها انتظر إليها ولم يعط الدية حتى تنقضى المدة، فإن عاد البصر سقطت عن الجانى وإن لم يعد استقرت الدية، وإن مات المجنى عليه قبل العود استقرت الدية سواء مات فى المدة أو بعدها فإن ادعى الجانى عود بصره قبل موته وأنكر وارثه فالقول قول الوارث، لأن الأصل معه وإن جاء أجنبى فقلع عينه فى المدة استقرت على الأول الدية أو القصاص، لأنه أذهب البصر فلم يعد، وعلى الثانى حكومة لأنه أذهب عينًا لا ضوء لها يرجى عودها، وإن قال الأول: عاد ضوءها وأنكر الثانى فالقول قول المنكر، لأن الأصل معه فإن صدق المجنى عليه الأول سقط حقه عنه ولم يقبل قوله على الثانى، وإن قال أهل الخبرة: يرجى عوده لكن لا نعرف له مدة وجبت الدية أو القصاص، لأن انتظار ذلك إلى غير غاية يفضى إلى إسقاط موجب الجناية، والظاهر فى البصر عدم العود والأصل يؤيده فإن عاد قبل استيفاء الواجب سقط وإن عاد بعد الاستيفاء وجب رد ما أخذ منه لأنا تبينا أنه لم يكن واجبًا.

فصل: وإن جنى عليه فنقص ضوء عينيه ففى ذلك حكومة، وإن ادعى نقص ضوئهما فالقول قوله مع يمينه، لأنه لا يعرف ذلك إلا من جهته، وإن ذكر أن إحداهما نقصت عصبت المريضة وأطلقت الصحيحة ونصب له شخص فيباعد عنه، فكلما قال رأيته فوصف لونه علم صدقه حتى تنتهى فإذا انتهت علم موضعها ثم تشد الصحيحة وتطلق المريضة وينصب له شخص، ثم يذهب حتى تنتهى رؤيته، ثم يدار الشخص إلى جانب آخر فيصنع به مثل ذلك، ثم يعلمه عند المسافتين ويذرعان ويقابل بينهما فإذا كانتا سواء فقد صدق، وينظر كم مسافة رؤية العليلة والصحيحة ويحكم له من الدية بقدر ما بينهما، وإن اختلفت المسافتان فقد كذب وعلم أنه قصر مسافة رؤية المريضة ليكثر الواجب له، فيردد ما بينهما حتى تستوى المسافة بين الجانبين، والأصل فى هذا ما روى عن على ﵁، قال ابن المنذر: أحسن ما قيل فى ذلك ما قاله على ﵁ أمر بعينه فعصبت، وأعطى رجلاً بيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره، ثم أمر فخط عند ذلك، ثم أمر بعينه فعصبت الأخرى وفتحت الصحيحة، وأعطى رجلاً بيضة فانطلق بها وهو يبصر حتى انتهى بصره، ثم خط عند ذلك، ثم حول إلى مكان آخر ففعل مثل ذلك فوجده سواء، فأعطاه بقدر ما نقص من بصره من مال الآخر (٤).

قال القاضى: وإذا زعم أهل الطب أن بصره يقل إذا بعدت المسافة ويكثر إذا قربت وأمكن هذا فى المذارعة عمل عليه، وبيانه أنهم إذا قالوا: إن الرجل إذا كان يبصر إلى مائة ذراع، ثم أراد أن يبصر إلى مائتى ذراع احتاج للمائة الثانية إلى ضعفى ما يحتاج إليه للمائة الأولى من البصر فعلى هذا إذا أبصر بالصحيحة إلى مائتين وأبصر بالعليلة إلى مائة علمنا أنه قد نقص ثلثا بصر عينه فيجب له ثلثا ديتها، وهذا لا يكاد ينضبط فى الغالب، وكل ما لا

---

(٤) أخرجه البيهقى فى «السنن» (٨/ ٨٧) من طريق عباد بن العوام عن عمر بن عامر عن قتادة عن سعيد ابن المسيب أن رجلاً... فذكره، وإسناده حسن.

ينضبط ففيه حكومة، وإن جنى على عينيه فندرتا أو إذا حولتا أو اعمشتا ففى ذلك حكومة كما لو ضرب يده فاعوجت، والـجناية على الصبى والمعتوه كالجناية على البـالغ والعاقل، وإنما يفترقان فـى أن البالغ خصم لنفسه، والخصم للصـبى والمجنون وليهما، فإذا توجـهت اليمين عليهما لم يحلفا ولم يحلف الولى عنهما، فإن بلغ الصبى وأفاق المجنون حلفا حينئذ ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كمذهبنا.

فصل: وفى عين الأعور دية كاملة، وبذلك قال الزهرى ومالك والليث وقتادة وإسحاق، وقال مسـروق وعبد الله بن مغفل والنخعى والثـورى وأبو حنيفة والشافعى: فـيها نصف الدية لقوله ﷺ: «وفى العـين خمـسون من الإبل» وقوله النبى ﷺ: «وفى العـينين الدية»(٥) يقتضى أن لا يجب فيهما أكثر من ذلك سـواء قلعهما واحد أو اثنان فى وقت واحد أو وقتين، وقالع الثـانية قالع عـين أعور فلو وجبت عـليه دية لوجب فيـهما دية ونصف ولأن مـا ضمن بنصف الدية مع بقاء نظيره ضمن به مع ذهابه كالأذن، ويحـتمل هذا كلام الخرقى لقوله: فى العين الواحدة نصف الدية ولم يفرق.

ولنا: أن عمر وعثمان وعليّا وابن عمر قضوا فى عين الأعور بالدية(٦)، ولم نعلم لهم فى الصحابة مخالفًا فيكون إجماعًا، ولأن قلع عين الأعور تتضمن إذهاب البصر كله فوجبت الدية كما لو أذهبـه من العينين، ودليل ذلك أنه يحصل بهـا ما يحصل بالعينين، فـإنه يرى الأشياء البعيدة ويدرك الأشياء اللطيفة ويعمل أعـمال البصراء، ويجوز أن يكون قاضيًا وشاهدًا ويجزئ فى الكفارة وفى الأضـحية إذا لم تكن العـوراء مخسوفـة فوجب فى بصره دية كـاملة كذا فى العينين، **فإن قيل**: فلو صح هذا لم يجب فى ذهاب بصر إحدى العينين نصف الدية، لأنه لم ينـقص، **قـلنـا**: لا يلزم من وجوب شىء من دية العينين نـقص دية الثانى بدليل ما لو جنى عليهما فاحولتا أو عمشتا، أو نقص ضوءهما فإنه يجب أرش النقص ولا تنقص ديتهما بذلك، ولأن النقص الحاصل لم يؤثر فى تنقـيص أحكامه ولا هو مضبـوط فى تفويت النفع فلم يؤثر فى تنقيص الدية كالذى ذكرنا.

فـصل: وإن قلع الأعور عين صحيح نظرنا، فإن قلع العين التى لا تماثل عينه الصحيحة أو قلع المماثلة للصحيحة خطأ فليس عليه إلا نصف الدية، لا أعلم فيه خلافًا، لأن ذلك هو الأصل، وإن قلع المماثلة لعينة الصحيحة عمـدًا فلا قصاص عليه وعليه دية كاملة، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك فى إحـدى روايتيه، وقال فى الأخرى: عليه نصف الدية ولا

---

(٥) تقدم برقم (١) أول كتاب الديات.

(٦) أخرجه البيهقى فـى «السنن الكبرى» (٨/ ٩٤) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ١٩٦/ ١٧٤٢٧) وابن أبى شيبة فى كتاب «الديات» باب الأعور تفقـأ عينه (٦/ ص٣٠٧/ ٢) وإسناده صحيح إلا أثر عثمان ابن عفان وهـو عند البيهقى فى «السنن» (٨/ ٩٤) من طريق قـتادة عن عبد ربه عـن أبى عياض. . . به، وأبو عياض هذا مجهول ومثله عبد ربه وهو ابن أبى يزيد. . .اهـ.

قصاص، وقال المخالفون فى المسألة الأولى: له القصاص لقوله تعالى: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ (المائدة: ٤٥) وإن اختار الدية فلم يجب عليه إلا نصفها كالعين الأخرى.

ولنا: أن عمر وعثمان بمثل مذهبنا[٧]، ولا نعرف لهما مخالفًا فى الصحابة فكان إجماعًا.

فصل: وإن قلع الأعور عينى صحيح العينين فليس عليه إلا دية، عمدًا كان أو خطأ، وذكر القاضى أن قياس المذهب وجوب ديتين: إحداهما: فى العين التى استحق بها قلع عين الأعور، والأخرى: فى الأخرى لأنها عين أعور.

ولنا: قول النبى ﷺ: «فى العينين الدية» ولأنه قلع عينين فلم يلزمه أكثر من الدية كما لو كان القاطع صحيحًا، ولأنه لم يزد على تفويت منفعة الجنس فلم يزد على الدية كما لو قطع أذنه، وما ذكره القاضى لا يصح، لأن وجوب الدية فى إحدى عينيه لا يجعل الأخرى عين أعور على أن وجوب الدية بقلع إحدى العينين قضية مخالفة للخبر والقياس صرنا إليها لإجماع الصحابة عليها ففيما عدا موضع الإجماع يجب العمل بهما والبقاء عليهما، فإن كان قلعهما عمدًا فاختار القصاص فليس له إلا قلع عينه، لأنه أذهب بصره كله فلم يكن له أكثر من إذهاب بصره، وهذا مبنى على ما تقدم من قضاء الصحابة، ولأن عين الأعور تقوم مقام العينين، وأكثر أهل العلم على أن له القصاص من العين ونصف الدية للعين الأخرى وهو مقتضى الدليل والله أعلم.

فصل: وإن قطع يد أقطع أو رجل أقطع الرجل فله نصف الدية أو القصاص من مثلها، لأنه عضو أمكن القصاص من مثله، فكان الواجب فيه القصاص أو دية مثله كما لو قطع أذن من له أذن واحدة، وعن أحمد رواية أخرى، أن الأولى إن كانت قطعت ظلمًا وأخذ ديتها أو قطعت قصاصًا ففيها نصف ديتها، وإن قطعت فى سبيل الله ففى الباقية دية كاملة، لأنه عطل منافعه من العضوين جملة فأشبه قلع عين الأعور والصحيح، الأول لأن هذا أحد العضوين اللذين تحصل بهما منفعة الجنس لا يقوم مقام العضوين فلم تجب فيه دية كاملة كسائر الأعضاء وكما لو كانت الأولى أخذت قصاصًا أو فى غير سبيل الله، ولا يصح القياس على عين الأعور لوجوه ثلاثة:

أحدها: أن عين الأعور حصل بها ما يحصل بالعينين ولم يختلفا فى الحقيقة والأحكام إلا تفاوتًا يسيرًا بخلاف أقطع اليد والرجل.

والثانى: أن عين الأعور لم يختلف الحكم فيها باختلاف صفة ذهاب الأولى وها هنا اختلفا.

الثالث: أنه هذا التقدير والتعيين على هذا الوجه أمر لا يصار إليه بمجرد الرأى ولا توقيف

(٧) تقدم فى الحديث السابق.

فيه فيصار إليه ولا نظير له فيقاس عليه والمصير إليه تحكم بغير دليل فيجب إطراحه، وإن قطعت أذن من قطعت أذنه أو منخر من قطعت منخره لم يجب فيه أكثر من نصف الدية رواية واحدة لأن منفعة كل أذن لا تتعلق بالأخرى بخلاف العينين.

١٤٨٤- **مسألة:** قال: (**وفى الأشفار الأربعة الدية وفى كل واحد منهما ربع الدية**).

يعنى: أجفان العينين وهى أربعة ففيها جميعها الدية، لأن فيها منفعة الجنس، وفى كل واحد منهما ربع الدية، لأن كل ذى عدد تجب فى جميعه الدية، تجب فى الواحد منها بحصته من الدية كاليدين والأصابع، وبهذا قال الحسن والشعبى وقتادة وأبو هاشم والثورى والشافعى وأصحاب الرأى، وعن مالك فى جفن العين وحجاجها[٨] الاجتهاد، لأنه لم يعلم تقديره عن النبى ﷺ، والتقدير لا يثبت قياسًا.

ولنا: أنها أعضاء فيها جمال ظاهر ونفع كامل فإنها تكن العين وتحفظها وتقيها الحر والبرد وتكون كالغلق عليها يطبقه إذا شاء ويفتحه إذا شاء ولولاها لقبح منظره فوجبت فيها الدية كاليدين، ولا نسلم أن التقدير لا يثبت قياسًا، فإذا ثبت هذا فإن فى أحدها ربع الدية، وحكى عن الشعبى أنه يجب فى الأعلى ثلثا دية العين وفى الأسفل ثلثها، لأنه أكثر نفعًا.

ولنا: أن كل ذى عدد تجب الدية فى جميعه تجب بالحصة فى الواحد منه كاليدين والأصابع وما ذكره يبطل باليمنى مع اليسرى والأصابع، وإن قلع العينين بأشفارهما وجبت ديتان، لأنهما جنسان تجب الدية بكل واحد منهما منفردًا فوجبت بإتلافهما جملة ديتان كاليدين والرجلين، وتجب الدية فى أشفار عين الأعمى، لأن ذهاب بصره عيب فى غير الأجفان، فلم يمنع وجوب الدية فيها كذهاب الشم لا يمنع وجوب الدية فى الأنف.

فصل: وتجب فى أهداب العينين بمفردها الدية، وهو الشعر الذى على الأجفان وفى كل واحد منها ربعها، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعى: فيه حكومة.

ولنا: أن فيها جمالاً ونفعًا فإنها تقى العينين وترد عنهما وتحسن العين وتجملها فوجبت فيها الدية كالأجفان وإن قطع الأجفان بأهدابها لم يجب أكثر من دية، لأن الشعر يزول تبعًا لزوال الأجفان فلم تفرد بضمان كالأصابع إذا قطع اليد وهى عليها.

١٤٨٥- **مسألة:** قال: (**وفى الأذنين الدية**).

روى ذلك عن عمر وعلى وبه قال عطاء ومجاهد والحسن وقتادة والثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى ومالك فى إحدى الروايتين عنه، وقال فى الأخرى: فيهما حكومة، لأن الشرع لم يرد فيهما بتقدير ولا يثبت التقدير بالقياس.

17- **مسألة:** (وفى الأذنين الدية).

روى ذلك عن عمر وعلى، وبه قال عطاء ومجاهد والحسن وقتادة والثورى والأوزاعى

(٨) الحجاج: العظم الذى ينبت عليه الحاجب.

ولنا: أن فى كتاب النبى ﷺ لعـمرو بن حزم «وفى الأذنين الدية»[٩] ولأن عمـر وعليًا قضيا فيهما بالدية[١٠]، **فإن قيل**: فقد روى عن أبى بكر ﷺ أنه قضى فى الأذن بخمسة عشر بعيرًا[١١]، **قلنا**: لم يثبت ذلك، قاله ابن المنذر، ولأن ما كان فى البدن منه عضوان كان فيهما الدية كاليدين وفى إحداهمـا نصف الدية بغير خلاف بين القائلين بوجوب الدية فـيهما، ولأن كل عضوين وجبت الدية فـيهما وجب فى أحدهما نصفها كـاليدين، وإن قطع بعض إحداهما وجب بقدر ما قطع من ديتها ففى نصفها نصـف ديتها وفى ربعها ربعها، وعلى هذا الحساب، سواء قطع من أعـلى الأذن أو أسفلها أو اخـتلف فى الجمـال أو لم يختلف كـما أن الأسنان والأصابع تختلف فى الجمال والمنفعة ودياتها سواء.

وقد روى عن أحمـد رحمه الله: فى شحمـة الأذن ثلث الدية، والمذهب الأول، وتجب الدية فى أذن الأصم لأن الصمم نقص فى غير الأذن فلم يؤثر فى ديتها كالعمى لا يؤثر فى دية الأجفان، وهذا قول الشافعى ولا أعلم فيه مخالفًا.

فـصل: فإن جنى على أذنه فاستحشفت واستحشافـها كشلل سائر الأعضاء ففيها حكومة وهذا أحد قولى الشافـعى، وقال فى الآخر: فى ذلك ديتها لأن ما وجبـت ديته بقطعه وجبت بشلله كاليد والرجل.

ولنا: أن نفعها باق وبعد استحشافها وجمالها، فإن نفعها جمع الصوت ومنع دخول الماء والهوام فى صماخه وهذا باق بعد شللهـا، فإن قطعها قاطع بعد استحشافها فـفيها ديتها، لأنه قطع أذنًا فيها جمالها ونفعها فوجبت ديتها كالصحيحة، وكما لو قلع عينًا عمشاء أو حولاء.

١٤٨٦- **مسألة:** قال: **(وفى السمع إذا ذهب من الأذنين الدية).**

لا خلاف فى هذا، قال ابن المنذر[١٢]: أجمع عوام أهل العلم على أن فى السمع الدية

والشافعى، وأصحاب الرأى ومالك فى إحدى الروايتين عنه، وقال فى الأخرى: فيها حكومة، لأن الشرع لم يرد فيهما بتقدير ولا يثبت التقدير بالقياس.

ولنا: أن فى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم: «وفى الأذنين الدية» لأن عمر وعليًا قضيا فيهما الدية، **فإن قيل**: فقد روى عن أبى بكر الصديق أنه قضى فى الأذن بخمسة عشر بعيرًا، **قلنا**: لم يثبت ذلك، قاله ابن المنذر، ولأن ما كان فى البدن منه عضوان كان فيهما الدية وفى أحدهما نصف الدية بغير خلاف بين القائلين بوجوب الدية فيهما.

---

(٩) تقدم برقم (١) أول كتاب «الديات».

(١٠) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٩/ ٨٥، ٨٦) وإسناده ضعيف فيه ابن أنعم الأفريقى.

(١١) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ٣٢٣/ ١٧٣٩١) عن أبى ذر ﷺ.

(١٢) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (ص١٣٧/ ٦٨٠).

روى ذلك عن عـمر(١٣) وبه قال مجاهد وقتـادة والثورى والأوزاعى وأهل الشام وأهل العراق ومالك والشافعى وابن المنذر، ولا أعلم عن غيـرهم خلافًا لهم، وقد روى عن معاذ أن النبى ﷺ قال: «وفى السـمع الدية»(١٤) وروى أبو المهـلب عن أبى قلابة أن رجـلاً رمى رجلاً بحـجر فى رأسـه فذهب سـمعـه وعقله ولسـانه ونكاحـه فقـضى عمـر بأربع ديات والرجل حـى(١٥)، ولأنها حاسة تختص بنفع فكان فيـها الدية كالبصر، وإن ذهب السمع من إحدى الأذنين وجب نصف الدية كما لو ذهب البصر من إحدى العينين، وإن قطع أذنه فذهب سمعه وجبت ديتان، لأن السـمع فى غيرهما، فـأشبه ما لو قلع أجـفان عينيه فذهـب بصره بخلاف العين إذا قلعت فذهب بصره، فإن البصر فى العين فأشبه البطش الذاهب بقطع اليد.

فـصل: وإن اختلفا فى ذهاب سـمعه فإنه يتغفل ويصـاح به وينظر اضطرابه ويتأمل عند صوت الرعـد والأصوات المزعـجة، فإن ظهـر منه انزعاج أو التفات أو مـا يدل على السمع فالقول قـول الجانى مع يمينه، لأن ظهور الأمـارات يدل على أنه سميع فغلبت جـنبة المدعى وحلف لجواز أن يكون ما ظهـر منه اتفاقًا، وإن لم يوجد منه شىء من ذلك فـالقول قوله مع يمينه، لأن الظاهر أنه غير سميع، وحـلف لجواز أن يكون احترز وتصبر، وإن ادعى ذلك فى إحداهما سدت الأخرى وتغفل على ما ذكرنا فإن ادعى نـقصان السمع فيهما فلا طريق لنا إلى معرفة ذلك إلا من جهته فيحلفه الحاكم ويوجب حكومة، وإن ادعى نقصه فى أحدهما سددنا العليلة وأطلقنا الصحيحـة وأقمنا من يحدثه وهو يتباعد إلى حيث يقـول إنى لا أسمع فإذا قال إنى لا أسمع غير عليـه الصوت والكلام فإن بان أنه يسمع وإلا فقد كـذب فإذا انتهى إلى آخر سماعه قدر المسـافة وسد الصحيحة وأطلقت المريضة وحدثه وهو يـتباعد حتى يقول: إنى لا أسمع، فإذا قال ذلك غير علـيه الكلام، فإن تغيرت صفته لم يقبل قوله، وإن لم تـتـغير صفته حلف وقبل قـوله ومسحت المسـافتان ونظر ما نـقصت العليلة فوجب بقدره، فـإن قال: إنى أسمع العالى، ولا أسمع الخفى، فهذا لا يمكن تقديره فتجب فيه حكومة.

18- **مسألة:** (وفى اللحيين الدية).

وهما العظمـان اللذان فيهما الأسـنان السفلى، لأن فيهـما نفعًا وجمـالاً وليس فى البدن مثلهما فكانت فيهما الدية كسائر ما فى البـدن منه شيئان، وفى أحدهما نصفها كإحدى اليدين والرجلين ونحوهما مما فى البدن منه شيئان.

---

(١٣) تقدم برقم (١٠) فى نفس المسألة.

(١٤) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٨٥) وقال: إسناده ضعيف.

(١٥) أخرجـه ابن أبى شيبـة فى «المصنف» من كتـاب «الديات» باب: «إذا ذهب سمعـه وبصره» (٦/ ٣/ ٢٩٢) وعنه البيهقى فى «السنن الكبـرى» (٨/ ٨٦) وعبد الرزاق فى «المصنف» (١٠/ ١٢/ ١٨١٨٣) وإسناده حسن.

فصل: فإن قال أهل الخبرة: إنه يرجى عود سمعه إلى مدة، انتظر إليها، وإن لم يكن لذلك غاية لم ينتظر، ومتى عاد السمع فإن كان قبل أخذ الدية سقطت، وإن كان بعده ردت على ما قلنا فى البصر.

١٤٨٧- **مسألة:** قال: (وفى قرع الرأس إذا لم ينبت الشعر الدية وفى شعر اللحية الدية إذا لم ينبت وفى الحاجبين الدية إذا لم تنبت).

هذه الشعور الثلاثة فى كل واحد منها دية، وذكر أصحابنا معها شعرًا رابعًا، وهو أهداب العينين وقد ذكرناه قبل هذا ففى كل واحد منهما دية، وهذا قول أبى حنيفة والثورى، وممن أوجب فى الحاجبين الدية سعيد بن المسيب وشريح والحسن وقتادة، وروى عن على وزيد ابن ثابت أنهما قالا فى الشعر: فيه الدية، وقال مالك والشافعى: فيه حكومة واختاره ابن المنذر، لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فى الدية كاليد الشلاء والعين القائمة.

ولنا: أنه أذهب الجمال على الكمال فوجب فيه دية كاملة كأذن الأصم وأنف الأخشم وما ذكروه ممنوع فإن الحاجب يرد العرق عن العين ويفرقه وهدب العين يرد عنها ويصونها، فجرى مجرى أجفانها وينتقض ما ذكروه بالأصل الذى قسنا عليه ويفارق اليد الشلاء فإنه ليس جمالها كاملاً.

فصل: وفى أحد الحاجبين نصف الدية لأن كل شيئين فيهما الدية، ففى أحدهما نصفها كاليدين، وفى بعض ذلك أو ذهاب شيء من الشعور المذكورة من الدية بقسطه من ديته يقدر بالمساحة كالأذنين ومارن الأنف، ولا فرق فى هذه الشعور بين كونها كثيفة أو خفيفة أو جميلة أو قبيحة أو كونها من صغير أو كبير لأن سائر ما فيه الدية من الأعضاء لا يفترق الحال فيه بذلك، وإن أبقى من لحيته ما لا جمال فيه أو من غيرها من الشعور ففيه وجهان: أحدهما: يؤخذ بالقسط، لأنه محل يجب فى بعضه بحصته فأشبه الأذن ومارن الأنف، والثانى: تجب الدية كاملة، لأنه أذهب المقصود كله فأشبه ما لو أذهب ضوء العينين، ولأن جنايته ربما أحوجت إلى إذهاب الباقى لزيادته فى القبح على ذهاب الكل فتكون جنايته سببًا

19- **مسألة:** (وفى الإليتين الدية).

قال ابن المنذر: كل من نحفظ عنه من أهل العلم يقولون: فى الإليتين الدية، وفى كل واحد منهما نصفها، منهم عمرو بن شعيب والنخعى والشافعى وأصحاب الرأى، ولأنهما عضوان من جنس فيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة، فإنه يجلس عليهما كالوسادتين، فوجبت فيهما الدية وفى إحداهما نصفها كاليدين، والإليتان هما ما علا وأشرف عن الظهر وعن استواء الفخذين، وفيهما الدية إذا أخذتا إلى العظم الذى تحتهما، وفى ذهاب بعضهما بقدره، لأن ما وجب فيه الدية وجب فى بعضه بقدره، فإن جهل المقدار وجبت حكومة، لأنه نقص لم يعرف قدره.

لذهاب الكل فأوجبت ديته، كما لو ذهب بسراية الفعل أو كما لو احتاج فى دواء شجة الرأس إلى ما ذهب بضوء عينه.

فصل: ولا تجب الدية فى شىء من هذه الشعور إلا بذهابه على وجه لا يرجى عوده مثل أن يقلب على رأسه ماء حارًا فتلف منبت الشعر فينقلع بالكلية بحيث لا يعود، وإن رجى عوده إلى مدة انتظر إليها، وإن عاد الشعر قبل أخذ الدية لم تجب فإن عاد بعد أخذها ردها والحكم فيه كالحكم فى ذهاب السمع والبصر فيما يرجى عوده وفيما لا يرجى.

فصل: ولا قصاص فى شىء من هذه الشعور، لأن إتلافها إنما يكون بالجناية على محلها وهو غير معلوم المقدار، فلا تمكن المساواة فيه، فلا يجب القصاص فيه.

١٤٨٨- **مسألة:** قال: (وفى المشام الدية).

يعنى الشم فى إتلافه الدية، لأنه حاسة تختص بمنفعة فكان فيها الدية كسائر الحواس، ولا نعلم فى هذا خلافًا، قال القاضى: فى كتاب عمرو بن حزم عن النبى ﷺ أنه قال: «وفى المشام الدية»(١٦) فإن ادعى ذهاب شمه اغتفلناه بالروائح الطيبة والمنتنة فإن هش للطيب وتنكر للمنتن فالقول قول الجانى مع يمينه، وإن لم يبن منه ذلك فالقول قول المجنى عليه كقولهم فى اختلافهم فى السمع، وإن ادعى المجنى عليه نقص شمه فالقول قوله مع يمينه، لأنه لا يتوصل إلى معرفة ذلك إلا من جهته فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة فى انقضاء عدتها بالأقراء ويجب له من الدية ما تخرجه الحكومة، وإن ذهب شمه ثم عاد قبل أخذ الدية سقطت وإن كان بعد أخذها ردها لأنا تبينا أنه لم يكن ذهب، وإن رجى عود شمه إلى مدة انتظر إليها، وإن ذهب شمه من أحد منخريه ففيه نصف الدية كما لو ذهب بصره من إحدى عينيه.

فصل: وفى الأنف الدية إذا كان قطع مارنه بغير خلاف بنيهم، حكاه ابن عبد البر وابن المنذر عمن يحفظ عنه من أهل العلم، وفى كتاب عمرو بن حزم عن النبى ﷺ أنه قال: «وفى الأنف إذا أوعب جدعًا الدية» وفى رواية مالك فى الموطأ «إذا أوعى جدعًا» يعنى إذا استوعب واستؤصل، ولأنه عضو فيه جمال ومنفعة ليس فى البدن منه إلا شىء واحد فكانت

20- **مسألة:** (وفى الأنثيين الدية).

لا نعلم فى هذا خلافًا، وفى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم: «وفى البيضتين الدية» ولأن فيهما الجمال والمنفعة، فإن النسل يكون بهما فأشبها اليدين، وروى الزهرى عن سعيد ابن المسيب أنه قال: مضت السنة أن فى الصلب الدية وفى الأنثيين الدية وفى إحداهما نصف الدية فى قول أكثر أهل العلم، وحكى عن سعيد بن المسيب أن فى اليسرى ثلثى الدية وفى اليمنى ثلثها، لأن نفع اليسرى أكثر، لأن النسل يكون منها.

---

(١٦) تقدم برقم (١) فى أول كتاب «الديات».

فيه الدية كاللسان، وإنما الدية فى مـارنه وهو ما لان منه، هكذا قال الخليل وغيره لأنه يروى عن طاوس أنه قـال: كان فى كـتاب رسول الله ﷺ: «وفى الأنـف إذا أوعب مارنه جـدعًا الدية»[١٧] ولأن الذى يقطع فيه ذلك فانصرف الخبر إليـه فإن قطع بعضه ففيه بقدره من الدية يمسح ويـعرف قدر ذلك منه كـما قلنا فى الأذنين، وقـد روى هذا عن عمـر بن عبـد العزيز والشعبى والشافعى، وإن قطع أحد المنخرين ففيه ثلث الدية وفى المنخرين ثلثاها وفى الحاجز بينهما الثلث، قال أحمد: فى الوترة[*] الثلث وفى الحزمة فى كل واحد منهما الثلث، وبهذا قال إسحـاق وهو أحد الوجهـين لأصحاب الشافـعى لأن المارن يشتمل على ثلاثة أشـياء من جنس فتوزعت الدية على عـددها كسائر ما فيه عدد من جنس من اليـدين والأصابع والأجفان الأربعة، وحكى أبو الخطاب وجهًـا آخر أن فى المنخرين الدية، وفى الحاجز بينهـما حكومة لقول أحـمد: فى كل زوجين من الإنسان الدية، وهو الوجـه الثانى لأصحاب الشـافعى، لأن المنخرين ليس فى البدن لهـما ثالث فأشبها اليدين، ولأنه بقطع المـنخرين أذهب الجمال كله والمنفعـة فأشبه قطع اليـدين، فعلى هذا الوجه فى قطع أحـد المنخرين نصف الدية وإن قطع معه الحاجز ففيه حكومـة، وإن قطع نصف الحاجز أو أقل أو أكثر لم يزد على حكومة وعلى الأول فى قطع أحد المنخرين ونصف الحـاجز نصف الدية، وفى قطع جميعـه مع المنخر ثلثا الدية، وفى قطع جزء من الحاجز أو أحد المنخرين بقـدره من ثلث الدية يقدر بالمساحة، فإن شق الحاجز بين المنخرين ففيه حكومة، فإن بقى منفرجًا فالحكومة فيه أكثر.

فـصل: وإن قطع المارن مع القصبة ففيه الدية فى قياس المذهب، وهذا مذهب مالك، ويحتـمل أن تجب الدية فى المارن وحكومـة فى القصبـة وهذا مذهب الشافـعى، لأن المارن وحده موجب للدية فوجبت الحكومة فى الزائد كما لو قطع القصبة وحدها مع قطع لسانه.

ولنا: قولـه ﷺ: «فى الأنف إذا أوعب جدعًا الديـة» ولأنه عضو واحـد فلم يجب به

ولنا: أن مـا وجبت الدية فى شـيـئين منه وجب فى أحـدهما نـصفـها كـاليدين وسـائر الأعضاء، ولأنهـما ذوا عدد تجب فيـه الدية فاستوت ديتهـما كالأصابع، ومـا ذكروه ينتقض بالأصابع، وكذلك الأجـفان تستوى ديتـهما مع اختلاف نفـعهما، ثم يحـتاج إلى إثبات الذى ذكره، وإن رض أنثـيه أو أشلهما كملت ديتهـما، كما لو أشل يديه أو ذكره، وإن قطع أنثـيه فذهب نسله لم يجب أكثر من دية، لأن ذلك نفعهمـا فلم تزدد الدية بذهابه معهما كالبصر مع ذهاب العينين، وإن قطع إحداهما فذهب النسل لم يجب أكثر من نصف الدية، لأن ذهابه غير متحقق.

---

(١٧) أخرجه النسائى فى «القسامة» (٨/ ح٤٨٦٨) والدارمى فى «الديات» وإسناده ضعيف، سليمان بن أرقم متروك كما تقدم فى حديث أن الرجل يقبل المرأة.

(*) الوتره: بالتحريك، حجاب ما بين المنخرين.

أكثر من دية كالذكر إذا قطع من أصله وما ذكروه يبطل بهذا ويفارق ما إذا قطع لسانه وقصبته، لأنهما عضوان فلا تدخل دية أحدهما فى الآخر، وأما العضو الواحد فلا يبعد أن يجب فى جميعه ما يجب فى بعضه، كالذكر تجب فى حشفته الدية التى تجب فى جميعه، وأصابع اليد يجب فيها ما يجب فى اليد من الكوع، وكذلك أصابع الرجل، وفى الثدى كله ما فى حلمته فأما إن قطع الأنف وما تحته من اللحم ففى اللحم حكومة، لأنه ليس من الأنف فأشبه ما لو قطع الذكر واللحم الذى تحته.

فصل: فإن ضرب أنفه فأشله ففيه حكومة ، وإن قطعه قاطع بعد ذلك ففيه ديته كما قلنا فى الأذن، وقول الشافعى ههنا كقوله فى الأذن على ما مضى شرحه وتبيانه وإن ضربه فعوجه أو غير لونه ففيه حكومة فى قولهم جميعًا، وفى قطعه بعد ذلك دية كاملة وإن قطعه إلا جلدة بقى معلقًا بها فإن لم يلتحم واحتيج إلى قطعه ففيه دية، لأنه قطع جميعه، بعضه بالمباشرة وباقيه بالتسبب فأشبه ما لو سرى قطع بعضه إلى قطع جميعه، وإن رده فالتحم ففيه حكومة لأنه لم يبن وإن أبانه فرداه فالتحم فقال أبو بكر: ليس فيه إلا حكومة كالتى قبلها، وقال القاضى: فيه دية، وهذا مذهب الشافعى، لأنه أبان أنفه فلزمته ديته كما لو لم يلتحم، ولأن ما أبين قد نجس فلزمه أن يبينه بعد التحامه ومن قال بقول أبى بكر منع نجاسته ووجوب إبانته، لأن أجزاء الآدمى كجملته بدليل سائر الحيوانات وجملته طاهرة وكذلك أجزاؤه.

فصل: وإن قطع أنفه فذهب شمه فعليه ديتان ، لأن الشم فى غير الأنف فلا تدخل دية أحدهما فى الآخر كالسمع مع الأذن والبصر مع أجفان العينين والنطق مع الشفتين وإن قطع أنف الأخشم وجبت ديته لأن ذلك عيب فى غير الأنف فأشبه ما ذكرنا.

١٤٨٩- مسألة: قال: (وفى الشفتين الدية) .

لا خلاف بين أهل العلم أن فى الشفتين الدية، وفى كتاب عمرو بن حزم الذى كتبه له رسول الله ﷺ: «وفى الشفتين الدية»[(١٨)] ولأنهما عضوان ليس فى البدن مثلهما، فيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة، فإنهما طبق على الفم تقيانه ما يؤذيه ويستران الأسنان ويردان الريق

21- مسألة: (وفى أسكتى المرأة الدية) .

والأسكتان هما اللحم المحيط بالفرج من جانبيه إحاطة الشفتين بالفم، وأهل اللغة يقولون: الشفران حاشيتا الأسكتان، كما أن أشفار العينين أهدابهما وفيهما دية المرأة إذا قطعا، وبهذا قال الشافعى وقاله الثورى، إذا لم يقدر على جماعها، وقضى به محمد بن سفيان، إذا بلغا العظم، وذلك لأن فيهما جمالاً ومنفعة، وليس فى البدن غيرهما من جنسهما، فوجبت فيهما الدية كسائر ما فى البدن منه شيئان، وفى إحداهما نصف الدية كما ذكرنا فى غيرهما، وإن جنى عليهما فأشلهما وجبت ديتهما، كما لو جنى على شفتيه فشلهما، ولا فرق بين

---

(١٨) تقدم برقم (١) أول كتاب «الديات».

وينفخ بهما ويتم بهما الكلام، فإن فيهما بعض مخارج الحروف فتجب فيهما الدية كاليدين والرجلين، وظاهر المذهب أن فى كل واحدة منهما نصف الدية، وروى هذا عن أبى بكر وعلى ﷺ، وإليه ذهب أكثر الفقهاء، وروى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى: أن فى العليا ثلث الدية وفى السفلى الثلثين، لأن هذا يروى عن زيد بن ثابت (١٩) وبه قال سعيد بن المسيب والزهرى، ولأن المنفعة بهما أعظم، لأنها التى تدور وتتحرك وتحفظ الريق والطعام والعليا ساكنة لا حركة فيها.

ولنا: قول أبى بكر وعلى ﷺ، ولأن كل شيئين وجبت فيهما الدية وجب فى أحدهما نصفها كسائر الأعضاء، ولأن كل ذى عدد وجبت فيه الدية سوى بين جميعه فيها كالأصابع والأسنان ولا اعتبار بزيادة النفع بدليل ما ذكرنا من الأصل.

فصل: **فإن ضربهما فأشلهما وجبت ديتهما،** لأنه أتلف منفعتهما فوجبت ديتهما كما لو أشل يديه، وإن تقلستا فلم تنطبقا على الأسنان أو استرختا فصارتا لا تنفصلان عن الأسنان ففيهما الدية لأنه عطل منفعتهما وجمالهما وإن تقلستا بعض التقليس وجبت الحكومة، لأن منافعهما لم تبطل بالكلية.

فصل: **حد الشفة السفلى من أسفل ما تجافى عن الأسنان واللثة مما ارتفع عن جلدة الذقن،** وحد العليا من فوق ما تجافى عن الأسنان واللثة إلى اتصاله بالمنخرين والحاجز، وحدهما طولاً طول الفم إلى حاشية الشدقين وليست حاشية الشدقين منهما.

١٤٩٠- **مسألة:** قال: **(وفى اللسان المتكلم به الدية).**

أجمع أهل العلم على وجوب الدية فى لسان الناطق، وروى ذلك عن أبى بكر وعمر

كونهما غليظتين أو دقيقتين قصيرتين أو طويلتين من بكر أو ثيب أو صغيرة أو كبيرة أو محفوظة أو غير محفوظة، لأنهما عضوان فيهما الدية فاستوى فيه جميع ما ذكرنا كسائر أعضائها، ولا فرق بين الرتقاء وغيرها، لأن الرتق عيب فى غيرهما، فلم ينقص ذلك من ديتهما، كما أن الصمم لم ينقص دية الأذنين، والحفظ هو الختان فى حق المرأة.

22- **مسألة:** **(وفى ركب المرأة حكومة وهو عانة المرأة وكذلك عانة الرجل).**

لأنه لا مقدر فيه ولا هو نظير لما قدر فيه، فإن أخذ منه شىء مع فرج المرأة وذكر الرجل ففيه الحكومة مع الدية، كما لو أخذ مع الأنف أو الشفتين من اللحم الذى حولها.

23- **مسألة:** **(وفى اللسان الدية إذا كان ناطقًا).**

أجمع أهل العلم على وجوب الدية فى لسان الناطق، وروى ذلك عن أبى بكر وعمر

---

(١٩) أخرجه ابن أبى شيبة فى «المصنف» من كتاب «الديات» «باب» «الشفتان ما فيهما» (٧٦/ ٢٩٥) من طريق الحجاج عن مكحول عن زيد بن ثابت فى الشفة السفلى ثلث الدية لأنها تحبس الطعام والشراب، وفى العليا ثلث الدية. اهـ. وإسناده ضعيف، الحجاج مدلس وقد عنعنه ومكحول لم يدرك يزيد فهو منقطع.

وعلى وابن مسعود ﷺ وبه قال أهل المدينة وأهل الكوفة وأصحاب الرأى وأصحاب الحديث وغيرهم، وفى كـتاب النبى ﷺ لعمرو بن حـزم «وفى اللسان الدية»(٢٠) ولأن فيه جـمالاً ومنفعة فـأشبه الأنف، فأما الجمـال: فقد روى أن النبى ﷺ سئل عن الجمـال فقال: «فى اللسان»(٢١) ويقال: جمال الرجل فى لسانه والمرء بأصغريه قلبه ولسانه ويقال ما الإنسان لولا اللسان إلا صورة ممثلة أو بهيمة مهـملة، وأما النفع فإن به تبلغ الأغراض وتستخلص الحقوق وتدفع الآفات وتقضى به الحاجات وتتم العبـادات فى القراءة والذكر والشكر والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر والتعـليم والدلالة على الحق المبين والصـراط المستقـيم وبه يذوق الطعام ويستعـين به فى مضغه وتقليـبه وتنقية الفم وتنظيـفه فهو أعظم الأعضـاء نفعًا وأتمهـا جمالاً فإيجاب الدية فى غيره تنبيه على إيجابها فيه وإنما تجب الدية فى لسان الناطق فإن كان أخرس لم تجب فيه دية كاملة بغير خلاف لذهاب نفعه المقصود منه كاليد الشلاء والعين القائمة.

فـصل: وفى الكلام الدية فإذا جنى عليه فـخرس وجبت ديته، لأن كل مـا تعلقت الدية بإتلافه تعلقت بإتلاف منفـعته كاليد فأمـا إن جنى عليه فأذهب ذوقه، فقـال أبو الخطاب: فيه

وعلى وابن مسعـود ﷺ، وبه قال أهل المدينة وأهل الكوفة وأصـحاب الرأى وأهل الحديث وغيرهم وفى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم: «وفـى اللسان الدية» ولأن فيه جمالاً ومنفعة فأشبه الأنف، فأما الجمال فـقد روى عن النبى ﷺ عن الجمال فقال: «فى اللسان» ويقال: جمـال الرجل فى لسانه والمـرء بأصغريه: قـلبه ولسانه، ويقـال: ما الإنسـان لولا اللسان إلا صورة ممـثلة أو بهيمة مـهملة، وأما النفع فـإن به تبلغ الأغراض وتستخلص الحـقوق وتدفع الآفات وتقضى الحـاجات وتتم العبادات فى القراءة والذكر والشكر والأمـر بالمعروف والنهى عن المنكر والتعليم والدلالة على الحق المبـين والصراط المستقيم وبه يذوق الطعـام ويستعين فى مضغه وتقليبه وتنقية الفم وتنظيفه، فهـو أعظم الأعضاء نفعًا وأتمها جمالاً، فإيجاب الدية فى غيره تنبيـه على إيجابها فيه، وإنما تجب الدية فى اللسان الناطق، وأمـا الأخرس فسنذكره فى موضعه إن شاء الله تعالى.

---

(٢٠) تقدم برقم (١) فى أول كتاب «الديات».

(٢١) أخرجه الحاكم فى «الـمستدرك» (٣/ ٣٣٠) وسكت عليه وقال الذهبى: مرسـل، وذكره السيوطى فى جمع الجـوامع (١/ ٤٠٣) وعزاه إلى ابن الأنبارى فى الوقف وقـال: مرسلاً، وذكـره صاحب الكنز (٥١٦٤) وعزاه إلى الـحكم وقال ابن حجـر فى التلخـيص (٤/ ٣٢) مرسل وقال: قـال ابن طاهر: إسناده مجهول، ورواه العسكرى فى أمثاله من حديـث آل بيت العباس عن العباس وفى إسناده محمد ابن زكريا الغلابى، وهو ضـعيف جدًا، ورواه أيضًا عن عائشة عن أبيه مـعضلاً، ورواه الخطيب وابن طاهر من حـديث ابن المنكدر عن جابر بلفظ: جـمال الرجل فـصاحـة لسانه وفى إسناده أحـمد بن الجارود الرقى وهو كذاب، وأخرجه العسكرى فى الأمـثال من وجه آخر بلفظ: إن جمال الرجل. . . فذكره، وفى إسناده عبد الله بن إبراهيم العكارى وهو ضعيف.

الدية، لأن الذوق حاسة فأشبه الشم، وقياس المذهب لأنه لا دية فيه فإنه لا يختلف فى أن لسان الأخرس لا تجب فيه الدية، وقد نص أحمد رحمه الله على أن فيه ثلث الدية ولو وجب فى الذوق دية لوجبت فى ذهابه مع ذهاب اللسان بطريق الأولى، واختلف أصحاب الشافعى فمنهم من قال: قد نص الشافعى على وجوب الدية فيه ومنهم من قال لا نص له فيه، ومنهم من قال قد نص على أن فى لسان الأخرس حكومة، وإن ذهب الذوق بذهابه، والصحيح إن شاء الله أنه لا دية فيه لأن فى إجماعهم على أن لسان الأخرس لا تكمل الدية فيه إجماعًا على أنها لا تكمل فى ذهاب الذوق بمفرده، لأن كل عضو لا تكمل الدية فيه بمنفعته لا تكمل بمنفعته دونه كسائر الأعضاء ولا تفريع على هذا القول، فأما على الأول فإذا ذهب ذوقه كله ففيه دية كاملة، وإن نقص نقصًا غير مقدر بأن يحس المذاق كله إلا أنه لا يدركه على الكمال ففيه حكومة كما لو نقص بصره نقصًا لا يتقدر وإن كان نقصًا يتقدر بأن لا يدرك بأحد المذاق الخمس وهى الحلاوة والمرارة والحموضة والملوحة والعذوبة ويدرك بالباقى ففيه خمس الدية، وفى اثنتين خمساها وفى ثلاث ثلاثة أخماسها، وإن لم يدرك بواحدة ونقص الباقى فعليه خمس الدية وحكومة لنقص الباقى، وإن قطع لسان أخرس فذهب ذوقه ففيه الدية لإتلافه الذوق، وإن جنى على لسان ناطق فأذهب كلامه وذوقه ففيه ديتان وإن قطعه فذهبا معًا ففيه دية واحدة، لأنهما يذهبان تبعًا لذهابه فوجبت ديته دون ديتهما كما لو قتل إنسانًا لم تجب إلا دية واحدة ولو ذهبت منافعه مع بقائه ففى كل منفعة دية.

فصل: وإن ذهب بعض الكلام وجب من الدية بقدر ما ذهب يعتبر ذلك بحروف المعجم، وهى ثمانية وعشرون حرفًا سوى «لا» فإن مخرجها مخرج اللام والألف فما نقص من الحروف وجب من الدية بقدره، لأن الكلام يتم بجميعها فالذاهب يجب أن يكون عوضه من الدية كقدره من الكلام، ففى الحرف الواحد ربع سبع الدية، وفى الحرفين نصف سبعها، وفى الأربعة سبعها ولا فرق بين ما خف من الحروف على اللسان وما ثقل، لأن كل ما وجب فى المقدر لم يختلف لاختلاف قدره كالأصابع، ويحتمل أن تقسم الدية على الحروف التى للسان فيها عمل دون الشفة وهى أربعة: الباء والميم والفاء والواو دون حروف الحلق الستة: الهمزة والهاء والحاء والعين والخاء والغين، فهذه عشرة بقى ثمانية عشر حرفًا للسان تنقسم ديته عليها، لأن الدية تجب بقطع اللسان وذهاب هذه الحروف وحدها مع بقائه فإذا وجبت الدية فيها بمفردها وجب فى بعضها بقسطة منها، ففى الواحد نصف تسع الدية وفى الاثنين تسعها وفى الثلاثة سدسها وهذا قول بعض أصحاب الشافعى، وإن جنى على شفته فذهب بعض الحروف وجب فيه بقدره وكذلك إن ذهب بعض حروف الحلق بجنايته، وينبغى أن تجب بقدره من الثمانية والعشرين وجهًا واحدًا، وإن ذهب حرف فعجز عن كلمة لم يجب غير أرش الحرف لأن الضمان إنما يجب لما تلف، وإن ذهب حرف فأبدل مكانه حرفًا آخر كأنه يقول: درهم، فصار يقول: دلهم، أو دعهم، أو ديهم، فعليه ضمان الحرف الذاهب،

لأن ما تبدل لا يقوم مـقام الذاهب فى القراءة ولا غيرها، فإن جنى عليـه فذهب البدل وجبت ديته أيضًا لأنه أصل، وإن لم يذهب شيء من الكلام لكن حصلت فيه عجلة أو تمتمة أو فأفأة فعليـه حكومة لما حصل من النقص والشَّين ولم تجب الدية، لأن المنفعة باقـية، وإن جنى عليه جان آخـر فأذهب كلامه ففيه الديـة كاملة كما لو جنى على عينه جان فـعمشت ثم جنى عليها آخـر فذهب ببصرها، وإن أذهب الأول بعض الحروف وأذهب الثانى بقـية الكلام فعلى كل واحد منهما بقسطه كما لو ذهب الأول ببصر إحدى العينين وذهب الآخـر ببصر الأخرى وإن كان ألثغ من غيـر جناية عليه فذهب إنسان بكلامـه كله، فإن كان مأيوسًا من زوال لثـغته ففيه بقسط ما ذهب من الحروف، وإن كان غيـر مأيوس من زوالها كالصبى ففيه الدية كاملة، لأن الظاهر زوالها، وكذلك الكبير إذا أمكن إزالة لثغته بالتعليم.

فـصل: إذا قطع بعض لسانه فـذهب بعض كلامه، فإن استـويا مثل أن يقطع ربع لسانه فيـذهب ربع كلامـه وجب ربع الدية بقدر الذاهب منهـما كـما لو قلع إحـدى عينيـه فذهب بصرها، وإن ذهب من أحدهما أكثر من الآخر كأن قطع ربع لسانه فذهب نصف كلامه أو قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه وجب بقدر الأكثر وهو نصف الدية فى الحالين، لأن كل واحد من اللسان والكلام مضمون بالدية منفردًا فإذا انفرد نصفه بالذهاب وجب النصف، ألا ترى أنه لو ذهب نصـف الكلام ولم يذهب مـن اللسـان شـيء وجب نصف الدية، ولـو ذهب نصف اللســان ولم يذهب من الكلام شيء وجب نصف الدية، وإن قطع ربـع اللسان فـذهب نصف الكلام وجب نصف الدية، فإن قـطع آخر بقية اللســان فذهبت بقيـة الكلام ففيـه ثلاثة أوجه: **أحدها:** عليه نصف الدية، هذا قول القاضى وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى لأن السالم نصف اللسان وباقيه أشل بدليل ذهاب نصف الكلام، **والثانى:** عليه نصف الدية وحكومة للربع الأشل لأنه لو كان جميعه أشل لكانت فيه حكومة أو ثلث الدية فإذا كان بعضه أشل ففى ذلك البعض حكومة أيضًا، **الثالث:** عليه ثلاثة أرباع الدية وهذا الوجه الثانى لأصحاب الشافعى لأنه قطع ثلاثة أرباع لسانه فذهب ربع كلامه فوجبت عليه ثلاثة أرباع الدية كما لو قطعه أولاً، ولا يصح القول بأن بعضه أشل لأن العضو متى كان فيه بعض النفع لم يكن بعضه أشل كالعين إذا كان بصرها ضعيفًا، واليد إذا كان بطشهـا ناقصًا وإن قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه فعليه نصف ديتـه، فإن قطع الآخـر بقيتـه فـعليه ثلاثة أرباع الدية وهـذا أحد الوجـهين لأصـحاب الشافعى، والآخر عليه نصف الدية لأنه لم يقطع إلا نصف لسانه.

ولنا: أنه ذهب ثلاثة أرباع الكلام فلزمـه ثلاثة أرباع ديته كمـا لو ذهب ثلاثة أرباع الكلام بقطع نصف اللسان الأول، ولأنه لو أذهب ثلاثة أرباع الكلام مع بقـاء اللسان لزمه ثلاثة أرباع الدية، فلأن تجب بقطع نصف اللسان فى الأول أولى، ولو لم يقطع الثانى نصف اللسان لكن جنى عليه جناية أذهب بقيـة كلامه مع بقاء لسانه لكان عليـه ثلاثة أرباع ديته لأنه ذهب بثلاثة

أرباع ما فيه الدية فكان عليه ثلاثة أرباع الدية كما لو جنى على صحيح فذهب بثلاثة أرباع كلامه مع بقاء لسانه.

فصل: وإذا قطع بعض لسانه عمدًا فاقتص المجنى عليه من مثل ما جنى عليه به فذهب من كلام الجانى مثل ما ذهب من كلام المجنى عليه وأكثر فقد استوفى حقه ولا شىء فى الزائد، لأنه من سراية القود وسراية القود غير مضمونة، وإن ذهب أقل فللمقتص دية ما بقى لأنه لم يستوف بدله.

فصل: وإذا قطع لسان صغير لم يتكلم لطفوليته وجبت ديته وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا تجب لأنه لسان لا كلام فيه فلم تجب فيه دية كلسان الأخرس.

ولنا: أن ظاهره السلامة وإنما لم يتكلم لأنه لا يحسن الكلام فوجبت به الدية كالكبير، ويخالف الأخرس فإنه علم أنه أشل ألا ترى أن أعضاءه لا يبطش بها وتجب فيها الدية؟ وإن بلغ حدًا يتكلم مثله فلم يتكلم فقطع لسانه لم تجب فيه الدية، لأن الظاهر أنه لا يقدر على الكلام ويجب فيه ما يجب فى لسان الأخرس، وإن كبر فنطق ببعض الحروف وجب فيه بقدر ما ذهب من الحروف لأننا تبينا أنه كان ناطقًا، وإن كان قد بلغ إلى حد يتحرك بالبكاء وغيره فلم يتحرك فقطعه قاطع فلا دية فيه، لأن الظاهر أنه لو كان صحيحًا لتحرك وإن لم يبلغ إلى حد يتحرك ففيه الدية لأن الظاهر سلامته، وإن قطع لسان كبير وادعى أنه كان أخرس ففيه مثل ما ذكرنا فيما إذا اختلفا فى شلل العضو المقطوع على ما ذكرناه فيما مضى.

فصل: فإن قطع لسان صغير لم يتكلم لطفوليته وجبت ديته وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يجب لأنه لسان لا كلام فيه فأشبه الأخرس.

ولنا: أن ظاهره السلامة، وإنما لم يتكلم لأنه لا يحسن الكلام، فوجبت به الدية كالكبير ويخالف الأخرس فإنه علم أن لسانه أشل، ألا ترى أعضاءه لا يبطش بها وتجب فيها الدية؟ فإن بلغ حدًا يتكلم مثله فلم يتكلم فقطع لسانه فلم تجب فيه الدية، لأن الظاهر أنه لا يقدر على الكلام، فهو كلسان الأخرس، وإن كبر فنطق ببعض الحروف وجبت فيه بقدر ما ذهب من الحروف، لأننا تبينا أنه كان ناطقًا، وإن كان قد بلغ إلى حد يتحرك بالبكاء وغيره، فلم يتحرك فقطعه قاطع فلا دية فيه، لأن الظاهر أنه لو كان صحيحًا لتحرك، وإن لم يبلغ إلى حد يتحرك ففيه الدية، لأن الظاهر سلامته، وإن قطع لسان كبير وادعى أنه كان أخرس ففيه ما ذكرنا فيما إذا اختلفا فى شلل العضو بعد قطعه من الخلاف.

فصل: وفى أجفان العينين الدية، وفى أحدهما ربع الدية لأن كل عدد تجب فى جميعه الدية يجب فى الواحد منها بحصته كالأصابع، وهذا قول الثورى والشافعى وأصحاب الرأى، وعن مالك أنه لا مقدر فيها بل يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم.

ولنا: أنها أعضاء فيها جمال ظاهر ونفع كامل، فإنها تكن العين وتقيها وتحفظها من الحر

فصل: وإن جنى عليه فذهب كلامه أو ذوقه ثم عاد لم تجب الدية، لأننا تبينا أنه لم يذهب ولو ذهب لم يعد وإن كان قد أخذ الدية ردها وإن قطع لسانه فعاد لم تجب الدية أيضًا وإن كان قد أخذها ردها قاله أبو بكر، وظاهر مذهب الشافعى أنه لا يرد الدية لأن العادة لم تجر بعوده واختصاص هذا بعوده يدل على أنه هبة مجددة.

ولنا: أنه عاد ما وجبت فيه الدية فوجب رد الدية كالأسنان وسائر ما يعود، وإن قطع إنسان نصف لسانه فذهب كلامه كله ثم قطع آخر بقيته فعاد كلامه لم يجب رد الدية، لأن الكلام الذى كان باللسان قد ذهب ولم يعد إلى اللسان وإنما عاد فى محل آخر بخلاف التى قبلها، وإن قطع لسانه فذهب كلامه ثم عاد اللسان دون الكلام لم يرد الدية، لأنه قد ذهب ما تجب الدية فيه بانفراده وإن عاد كلامه دون لسانه لم يردها أيضًا لذلك.

فصل: وإذا كان للسانه طرفان فقطع أحدهما فذهب كلامه ففيه الدية، لأن ذهاب الكلام بمفرده يوجب الدية، وإن ذهب بعض الكلام نظرت فإن كان الطرفان متساويين وكان ما قطعه بقدر ما ذهب من الكلام وجب، وإن كان أحدهما أكبر وجب الأكثر على ما مضى، وإن لم يذهب من الكلام شىء وجب بقدر ما ذهب من اللسان من الدية وإن كان أحدهما منحرفًا عن

والبرد ولولاها لقبح منظرها فوجبت فيها الدية كاليدين وعن الشعبى أنه يجب فى الأعلى ثلثا الدية وفى الأسفل ثلثها، لأنه أكثر نفعًا.

ولنا: أن كل عدد تجب الدية فى جمعيه تجب بالحصة فى الواحد منه كالأصابع، فإن قلع العينين بأشفارهما وجبت ديتان، لأنهما جنسان تجب الدية بكل واحد منهما منفردًا فوجب بإتلافهما جملة ديتان كاليدين والرجلين، وتجب الدية فى أشفار عين الأعمى وهى الأجفان، لأن ذهاب بصره عيب فى غير الأجفان فلم يمنع وجوب الدية فيهما كذهاب الشم لا يمنع وجوب الدية فى الأنف.

24- مسألة: **(وفى قطع بعض المارن والأذن والحلمة واللسان والشفة والحشفة والأنملة وشق الحشفة طولاً بالحساب من ديته يقدر بالأجزاء كالثلث والربع ثم يؤخذ مثله من الدية)** .

لأن ما وجبت الدية فى جميعه، وجبت فى بعضه فإن كان الذاهب النصف وجب نصف الدية، وإن كان الثلث وجب ثلثها، وإن كان أقل أو أكثر وجب بحساب ذلك، كما تقسط دية اليد على الأصابع.

25- مسألة: **(وفى شلل العضو وإذهاب نفعه والجناية على الشفتين بحيث لا يطبقان على الأسنان الدية)** .

لأنه عطل نفعهما فأشبه ما لو أشل يده وكذلك إن استرختا فصارتا لا ينفصلان عن الأسنان لأنه عطل جمالها.

سمت اللسان فهو خلقة زائدة، وفيه حكومة، وإن قطع جميع اللسان وجبت الدية، من غير زيادة سواء كان الطرفان متساويين أو مختلفين وقال القاضى: إن كانا متساويين ففيهما الدية وإن كان أحدهما منحرفًا عن سمت اللسان وجبت الدية وحكومة فى الخلقة الزائدة.

ولنا: أن هذه الزيادة عيب ونقص يرد بها المبيع وينقص من ثمنه فلم يجب فيها شيء كالسلعة فى اليد وربما عاد القولان إلى شيء واحد، لأن الحكومة لا يخرج بها شيء إذا كانت الزيادة عيبًا.

١٤٩١- مسألة: قال: **(وفى كل سن خمس من الإبل إذا قلعت ممن قد أثغر والأضراس والأنياب كالأسنان).**

لا نعلم بين أهل العلم خلافًا فى أن دية الأسنان خمس خمس فى كل سن، وقد روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس ومعاوية وسعيد بن المسيب وعروة وعطاء وطاوس والزهرى وقتادة ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبى حنيفة ومحمد بن الحسن وفى كتاب عمرو بن حزم عن النبى ﷺ «فى السن خمس من الإبل»(٢٢) رواه النسائى وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ قال: «فى الأسنان خمس خمس»(٢٣) رواه أبو داود، فأما الأضراس والأنياب فأكثر أهل العلم على أنها مثل الأسنان منهم عروة وطاوس وقتادة والزهرى ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن وروى ذلك عن ابن عباس(٢٤) ومعاوية وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى فى الأضراس ببعير بعير وعن سعيد ابن المسيب أنه قال: لو كنت أنا لجعلت فى الأضراس بعيرين بعيرين فتلك الدية سواء،

فصل: وإن جنى على يديه فأشلهما وجبت ديتهما، لأنه فوت منفعتهما فهو كما لو أعمى عينيه أو أخرس لسانه، وإن أشل الذكر ففيه ديته، لأنه ذهب بنفعه أشبه ما لو أشل لسانه، وكذلك إن أشل أنثييه كما لو أشل يديه، وكذلك إن جنى على الأسكتين فأشلهما ففيهما الدية كما لو جنى على الشفتين فأشلهما ففيهما الدية، وكذلك الأصابع إذا أشلهم لما ذكرنا وسائر الأعضاء إلا الأذن والأنف وسنذكرهما إن شاء الله تعالى.

26- مسألة: (وفى تسويد السن والظفر بحيث لا يزول ديته وعنه فى تسويد السن ثلث ديتها وقال أبو بكر: فيها حكومة).

إذا جنى على سنه فسودها فحكى عن أحمد فى ذلك روايتان: **إحداهما:** تجب ديتهما كاملة وهو ظاهر كلام الخرقى ويروى عن زيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب والحسن

---

(٢٢) تقدم برقم (١) فى أول كتاب الديات.

(٢٣) أخرجه أبو داود فى «الديات» (٤/ ٤٥٦٣) والدارمى فى «سننه» (٢/ ٢٣٧٤) وإسناده حسن.

(٢٤) أخرجه أبو داود فى «الديات» (٤/ ٤٥٥٩) وابن ماجه فى «الديات» (٢/ ٢٦٥١) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٩٠) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ٣٤٥/ ١٧٤٩٥) وإسناده حسن.

وروى ذلك مالك فى موطئه(٢٥) وعن عطاء نحوه، حكى عن أحمد رواية أن فى جميع الأسنان والأضراس الدية فيتعين حمل هذه الرواية على مثل قول سعيد للإجماع على أن فى كل سن خمسًا من الإبل وورد الحديث به فيكون فى الأسنان ستون بعيرًا، لأن فيه اثنى عشر سنًا أربع ثنايا وأربع رباعيات وأربعة أنياب فيها خمس خمس وفيه عشرون ضرسًا فى كل جانب عشرة خمسة من فوق وخمسة من أسفل فيكون فيها أربعون بعيرًا فى كل ضرس بعيران فتكمل الدية وحجة من قال هذا أنه ذو عدد يجب فيه الدية فلم تزد ديته على دية الإنسان كالأصابع والأجفان وسائر ما فى البدن، ولأنها تشتمل على منفعة جنس فلم تزد ديتها على الدية كسائر منافع الجنس، ولأن الأضراس تختص بالمنفعة دون الجمال والأسنان فيها منفعة وجمال فاختلفا فى الأرش.

ولنا: ما روى أبو داود بإسناده عن ابن عباس أن النبى ﷺ قال: «الأصابع سواء والأسنان سواء الثنية والضرس سواء هذه وهذه سواء»(٢٦) وهذا نص وقوله فى الأحاديث المتقدمة «فى الأسنان خمس خمس» ولم يفصل، يدخل فى عمومها الأضراس لأنها أسنان،

وابن سيرين وشريح والزهرى وعبد الملك بن مروان والنخعى ومالك والليث والثورى وأصحاب الرأى، وهو أحد قولى الشافعى، والرواية الثانية: عن أحمد أنه إن أذهب منفعتها من المضغ عليها ونحوه ففيها ديتها، وإن لم يذهب نفعها ففيها حكومة، وهذا قول القاضى، والقول الثانى للشافعى، وهو المختار عند أصحابه، وهو أقيس، لأنه لم يذهبها بمنفعتها فلم تكمل ديتها كما لو أصفرت، وهذا قول أبى بكر.

ولنا: أنه قول زيد بن ثابت، ولم يعرف له مخالف من الصحابة، فكان إجماعًا، ولأنه أذهب الجمال على الكمال فكملت ديتها، كما لو قطع أذن الأصم وأنف الأخشم والظفر كذلك قياسًا على السن.

وعن أحمد رواية ثالثة: أن فى تسويد السن ثلث ديتها والتقدير لا يثبت إلا بالتوقيف.

فصل: فأما إن اصفرت أو احمرت لم تكمل ديتها، لأنه لم يذهب الجمال على الكمال وفيها حكومة، وإن اخضرت احتمل أن يكون كتسويدها، لأنه ذهب بجمالها واحتمل أن لا يكون فيه إلا حكومة، لأن ذهاب جمالها لتسويدها أكثر فلم يلحق به غيره، كما لو حمرها فعلى قول من أوجب ديتها متى قلعت بعد تسويدها ففيها ثلث ديتها أو حكومة على ما نذكره

---

(٢٥) أخرجه مالك فى «الموطأ» (٢/ ٨٦١) وابن أبى شيبة (٦/ ٤/ ٣٠٣) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ٣٤٧/ ١٧٥٠٧).

(٢٦) أخرجه أبو داود فى «الديات» (٤٥٥٨) وابن ماجه فى «سننه» (٢٦٥٠) وأصله عند البخارى من كتاب «الديات» (١٢/ ح٦٨٩٥) من حديث ابن عباس عن النبى ﷺ قال: هذه وهذه سواء يعنى الخنصر والإبهام. اهـ.

ولأن كل دية وجبت فى جملة كانت مقسومة على العدد دون المنافع كالأصابع والأجفان والشفتين وقد أومأ ابن عباس إلى هذا فقال: لا اعتبرها بالأصابع فأما ما ذكروه من المعنى فلا بد من مخالفة القياس فيه فمن ذهب إلى قولنا خالف المعنى الذى ذكروه ومن ذهب إلى قولهم خالف التسوية الثابتة بقياس سائر الأعضاء من جنس واحد فكان ما ذكرناه مع موافقة الأخبار وقول أكثر أهل العلم أولى، وأما على قول عمر: إن في كل ضرس بعيراً فيخالف القياسين جميعًا، والأخبار، فإنه لا يوجب الدية الكاملة، وإنما يوجب ثمانين بعيراً ويخالف بين الأعضاء المتجانسة، وإنما يجب هذا الضمان فى سن من قد ثغر وهو الذى أبدل أسنانه وبلغ حدّاً إذا قلعت سنه لم يعد بدلها، ويقال: ثغر وأثغر واتغر إذا كان كذلك، فأما سن الصبى الذى لم يثغر فلا يجب بقلعها فى الحال شيء، هذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى ولا أعلم فيه خلافًا وذلك، لأن العادة عَوْدُ سِنَّه فلم يجب فيها فى الحال شيء كنتف شعره لكن ينتظر عودها فإن مضت مدة ييئس من عودها وجبت ديتها قال أحمد: يتوقف سنه، لأنه الغالب فى نباتها.

إن شاء الله تعالى وعلى قول من لم يوجب فيها إلا حكومة يجب فى قلعها ديتها كما لو صفرها.

فصل: فإن جنى على سنه فذهبت حدتها وكلت ففى ذلك حكومة وعلى قالعها بعد ذلك دية كاملة، لأنها سن صحيحة كاملة فكملت ديتها كالمضطربة، وإن ذهب منها جزء ففى الذاهب بقدره، وإن قلعها قالع نقص من ديتها بقدر ما ذهب، كما لو كسر منها جزءاً.

مسألة: (وفى العضو الأشل من اليد والرجل والذكر والثدى ولسان الأخرس والعين القائمة وشحمة الأذن وذكر الخصى والعينين والسن السوداء والثدى دون حلمته والذكر دون حشفته وقصبة الأنف واليد والأصبع الزائدتين حكومة وعنه ثلث ديته).

أما اليد الشلاء وهى اليابسة التى ذهبت منها منفعة البطش، وكذلك الرجل مثلها فى الحكم قياسًا عليها والعين القائمة التى ذهب بصرها وصورتها باقية كصورة الصحيحة والسن السوداء فعن أحمد رحمه الله فيهن حكومة، لأنه لا يمكن إيجاب دية كاملة لكونها قد ذهبت منفعتها ولا مقدر فيها فتجب الحكومة كاليد الزائدة وعنه فيهن ثلث الدية، كما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدة قال: قضى رسول الله ﷺ فى العين القائمة السادة لمكانها بثلث الدية وفى اليد الشلاء إذا قطعت ثلث ديتها وفى السن السوداء إذا قلعت بثلث ديتها(7)، رواه النسائى وأخرجه أبو داود فى العين وحدها وهو قول عمرو رواه قتادة عن خلاس عن عبد الله ابن بريدة عن يحيى بن يعمر عن ابن عباس أن عمر رضي الله عنه قضى فى العين القائمة إذا قلعت

---

(7) أخرجه النسائى فى «القسامة» (٨/ ٤٨٥٥) وإسناده حسن وراجع رقم (٤٨) المسألة رقم (١٥٠٢). مغنى.

وقال القاضى: إذا سقطت أخواتها ولم تعد هى أخذت الدية، وإن نبت مكانها أخرى لم تجب ديتها كما لو نتف شعره فعاد مثله لكن إن عادت قصيرة أو مشوهة ففيها حكومة، لأن الظاهر أن ذلك سبب الجناية عليها فإن أمكن تقدير نقصها عن نظيرتها ففيها من ديتها بقدر ما نقص، وكذلك إن كانت فيها ثلمة أمكن تقديرها ففيها بقدر ما ذهب منها كما لو كسر من سِنّه ذلك القدر، وإن نبتت أكبر(٢٧) من أخواتها ففيها حكومة، لأن ذلك عيب وقيل فيها وجه آخر لا شيء فيها، لأن هذا زيادة والصحيح الأول، لأن ذلك شين حصل بسبب الجناية فأشبه نقصها، وإن نبتت مائلة عن صف الأسنان بحيث لا ينتفع بها ففيها ديتها لأن ذلك كذهابها، وإن كانت ينتفع بها ففيها حكومة للشين الحاصل بها ونقص نفعها وإن نبتت صفراء أو حمراء أو متغيرة ففيها حكومة لنقص جمالها وإن نبتت سوداء أو خضراء ففيها روايتان حكاهما القاضى: إحداهما: فيها ديتها، والثانية: فيها حكومة كما لو سودها من غير قلعها، وإن مات الصبى قبل اليأس من عود سنه ففيه وجهان: **أحدهما**: لا شيء له، لأن الظاهر أنه لو عاش لعادت فلم يجب فيها شيء كما لو نتف شعره، **والثانى**: فيها الدية، لأنه قلع سنًا وأيس من عودها فوجبت ديتها كما لو مضى زمن تعود فى مثله فلم تعد، وإن قلع سن من قد ثغر

واليد الشلاء إذا قطعت والسن السوداء إذا كسرت بثلث دية كل واحد منهن(8)، ولأنها كاملة الصورة فكان فيها مقدر كالصحيحة قولهم: لا يمكن إيجاب مقدر ممنوع فإننا قد ذكرنا التقدير وبيناه.

فصل: قال القاضى: قول أحمد فى السن السوداء ثلث ديتها محمول على سن ذهبت منفعتها بحيث لا يمكنه أن يعض بها شيئًا أو كانت تتفتت فأما إن كانت منفعتها باقية ولم يذهب منها إلا لونه ففيه كمال ديتها سواء قلت منفعتها بأن يعجز عن بعض الأشياء الصلبة أو لم يعجز، لأنها باقية المنفعة فكملت ديتها كسائر الأعضاء وليس على من سودها إلا حكومة، وهذا مذهب الشافعى قال شيخنا: والصحيح من مذهب أحمد ما يوافق ظاهر كلامه لظاهر الأخبار وقضاء عمر وقول أكثر أهل العلم، ولأنه ذهب جمالها بتسويدها فكملت ديتها على من سودها كتسويد الوجه ولم يجب على متلفها أكثر من ثلث ديتها كاليد الشلاء وكالسن البيضاء إذا انقلعت ونبتت مكانها سوداء لمرض فيها قال القاضى وأصحاب الشافعى: سلموا أنها لا تكمل ديتها.

فصل: فإن نبتت أسنان صبى سوداء ثم ثغر ثم عادت سوداء فديتها تامة، لأن هذا جنس خلق على الصورة أشبه من خلق أسود الجسم والوجه جميعًا، وإن نبتت أولاً بيضاء ثم ثغر ثم عادت سوداء سئل أهل الخبرة، فإن قالوا: ليس السواد لعلة ولا مرض ففيها كمال ديتها، وإن

---

(٢٧) السنخ: هو الأصل من كل شيء، وأسناخ الثنايا والأسنان: أصولها.

(8) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٩٨) وإسناده صحيح.

وجبت ديتها في الحال، لأن الظاهر أنها لا تعود، فإن عادت لم يجب الدية، وإن كان قد أخذها ردها، وبهذا قال أصحاب الرأى، وقال مالك: لا يرد شيئًا لأن العادة أنها لا تعود فمتى عادت كانت هبة من الله تعالى مجددة فلا يسقط بذلك ما وجب له بقلع سنه وعن الشافعى كالمذهبين.

ولنا: أنه عاد له فى مكانها مثل التى قلعت فلم يجب له شىء كالذى لم يثغر، وإن عادت ناقصة أو مشوهة فحكمها حكم سن الصغير إذا عادت على ما ذكرنا، ولو قلع سن من لم يثغر فمضت مدة ييأس من عودها وحكم بوجوب الدية فعادت بعد ذلك سقطت الدية وردت إن كانت أخذت كسن الكبير إذا عادت.

فصل: وتجب دية السن فيما ظهر منها من اللثة لأن ذلك هو المسمى سنًا وما فى اللثة منها يسمى سنخًا(*) فإذا كسر السن ثم جاء آخر فقلع السنخ ففى السن ديتها وفى السنخ حكومة كما لو قطع إنسان أصابع رجل ثم قطع آخر كفه. وإن قلعها الآخر بسنخها لم يجب

قالوا ذلك لمرض فعلى قالعها ثلث ديتها أو حكومة، وقد سلم القاضى وأصحاب الشافعى الحكم فى هذه الصورة وهو حجة عليهم فيما خالفوا فيه، ويحتمل أن يكون الحكم فيما كانت سوداء من ابتداء الخلقة هكذا، لأن المرض قد يكون فى فيه من ابتداء خلقته فيثبت حكمه فى نفس ديتها كما لو كان طارئًا.

فصل: وفى لسان الأخرس روايتان أيضًا كاليد الشلاء، وكذلك كل عضو ذهبت منفعته وبقيت صورته كالرجل الشلاء والأصبع والذكر إذا شلا وذكر الخصى والعينين إذا قلنا: لا تكمل ديتهما وأشباه هذا كله يتخرج على روايتين **إحداهما:** فيه ثلث الدية والأخرى حكومة.

فصل: فأما اليد والرجل والأصبع أو السن الزوائد ونحو ذلك فليس فيه إلا حكومة وقال القاضى: هو فى معنى اليد الشلاء فيخرج على الروايتين والذى ذكره شيخنا أصح لأنه لا تقدير فى هذا ولا هو فى معنى المقدر ولا يصح قياس هذا على العضو الذى ذهبت منفعته وبقى جماله، لأن هذه الزوائد لا جمال فيها، إنما هى شين فى الخلقة وعيب يرد به المبيع وتنقص بالقيمة فكيف يصح قياسه على ما يحصل به الجمال؟ ثم لو حصل به جمال ما لكنه يخالف جمال العضو الذى يحصل به تمام الخلقة ويختلف فى نفسه اختلافًا كثيرًا فوجبت فيه الحكومة ويحتمل أن لا يجب فيه شىء لما ذكرنا.

فصل: قد ذكرنا أن فى الأصبع الزائدة حكومة وبه قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى وعن زيد بن ثابت أن فيها ثلث دية الأصبع وذكر القاضى أنه قياس المذهب على رواية إيجاب ثلث دية اليد فى اليد الشلاء، والأول أصح على ما ذكرنا، ولا يصح قياسها على اليد الشلاء لما ذكرنا من الفرق بينهما والله أعلم.

(*) السنخ: الأصل من كل شىء، وأسناخ الثنايا والأسنان: أصولها.

فيها أكثر من ديتها كما لو قطع اليد من كوعها، وإن فعل ذلك فى مرتين فكسر السن ثم عاد فقلع السنخ فعليه ديتها وحكومة، لأن ديتها وجبت بالأول ثم وجب عليه بالثانى حكومة كما لو فعله غيره، وكذلك لو قطع الأصابع ثم قطع الكف، وإن كسر بعض الظاهر ففيه من دية السن بقدره، وإن كان ذهب النصف وجب نصف الأرش وإن كان الذاهب الثلث وجب الثلث، وإن جاء آخر فكسر بقيتها فعليه بقية الأرش، فإن قلع الثانى بقيتها بسنخها نظرنا، فإن كان الأول كسرها عرضًا فليس على الثانى للسنخ شيء لأنه تابع لما قلعه من ظاهر السن فصار كما لو قطع الأول من كل إصبع من أصابعه أنملة ثم قطع الثانى يده من الكوع، وإن كان الأول كسر نصف السن طولاً دون سنخه فجاء الثانى فقطع الباقى بالسنخ كله فعليه دية النصف الباقى وحكومة لنصف السنخ الذى بقى لما كسره الأول كما لو قطع الأول إصبعين من يد ثم جاء الثانى فقطع الكف كله، فإن اختلف الثانى والمجنى عليه فيما قلعه الأول فالقول قول المجنى عليه، لأن الأصل سلامة السن، وإن انكشفت اللثة عن بعض السن فالدية فى قدر

فصل: واختلفت الرواية فى قطع الذكر دون حشفته وعلى قياسه الثدى دون حلمته، وقطع الكف بعد أصابعه، فروى أبو طالب عن أحمد فيه ثلث ديته، وكذلك شحمة الأذن، وعن أحمد فى ذلك كله حكومة، وهذا هو الصحيح لعدم التقدير فيه وامتناع قياسه على ما فيه تقدير، لأن الأشل بقيت صورته، وهذا لم تبق صورته، إنما بقى بعض ما فيه الدية أو أصل ما فيه الدية، فأما قطع الذراع بعد قطع الكف، والساق بعد قطع القدم، فينبغى أن تجب الحكومة فيه وجهًا واحدًا، لأن إيجاب ثلث دية اليد فيه يفضى إلى أن يكون الواجب فيه مع بقاء الكف والقدم وذهابهما واحدًا مع تفاوتهما وعدم النص فيهما.

27- **مسألة: (وعنه فى ذكر الخصى والعنين كمال ديته)**.

أما ذكر العنين فأكثر أهل العلم على وجوب الدية فيه، لأن فى كتاب النبى ﷺ لعمرو ابن حزم «وفى الذكر الدية» ولأنه غير مأيوس من جماعه وهو عضو سليم فى نفسه فكملت ديته كذكر الشيخ وذكر القاضى فيه عن أحمد روايتين **إحداهما**: تجب فيه الدية لذلك **والثانية**: لا تكمل ديته وهو قول قتادة، لأن منفعته الإنزال والإحبال والجماع وقد عدم ذلك فى حال الكمال فلم تكمل ديته كالأشل، وبهذا فارق ذكر الصبى والشيخ واختلفت الرواية فى ذكر الخصى، فعنه فيه دية كاملة، وهو قول ابن عبد العزيز والشافعى وابن المنذر للخبر، ولأن منفعة الذكر الجماع وهو باق فيه **والثانية**: لا يجب، وهو قول مالك والثورى وأصحاب الرأى وقتادة وإسحاق لم ذكرنا فى العنين، ولأن المقصود منه تحصيل النسل ولا يوجد ذلك منه فلم تكمل ديته كالأشل، والجماع يذهب فى الغالب بدليل البهائم يذهب جماعها بخصائها والفرق بين ذكر العنين وذكر الخصى، أن ذكر العنين أبعد منه فى ذكر الخصى واليأس من الإنزال متحقق فى ذكر الخصى دون ذكر العنين.

الظاهر عـادة دون ما انكشف على خلاف العـادة، وإن اختلفا فى قـدر الظاهر اعـتبـر ذلك بأخواتهـا فإن لم يكن بها شىء يعـتبر به ولم يمكن أن يعـرف ذلك أهل الخبرة فالقـول قول الجانى، لأن الأصل براءة ذمته.

فـصـل: وإن قلع سنّا مضطربة لكبر أو مـرض وكانت منافعها باقيـة من المضغ وضغط الطعام والريق وجبت ديتها، وكذلك إن ذهب بعض منافعها وبقى بعضها، لأن جمالها وبعض منافعها باق فكمل ديتها كاليد المريضة ويد الكبـير، وإن ذهبت منافعها كلها فهى كاليد الشلاء على ما سنذكـره إن شاء الله تعالى، وإن قلع سـنّا فيها داء أو آكـلة، فإن لم يذهب شىء من أجزائها وجب فـيها دية السن الصحيحـة، لأنها كاليد المريضة، وإن سـقط من أجزائها شىء

28- **مـسـألة:** (فإذا قلنا: لا تكمل الدية فى قـطع ذكر الخصى إن قطع الذكر والأنثيين دفعة واحدة أو قطع الذكـر ثم قطع الأنثيين لزمته ديتان، وإن قطع الأنثيـين ثم قطع الذكر لزمته دية واحدة للأنثيين وفى الذكر حكومة أو ثلث الدية).

وقال القاضى ونص أحـمد على هذا: وإن قطع نصف الذكر بالطول فقال أصحـابنا: فيه نصف الدية، والأولى أن تجب الدية كاملة، لأنه ذهب بمنفعة الجـماع به فوجبت الدية كاملة كما لو أشـله أو كسر صلبه فذهـب جماعه، وإن قطع قطعـة منه ما دون الحشفـة وكان البول يخرج على مـا كان عليه وجب بقدر القطعـة من جميع الذكر من الدية، وإن خـرج البول من موضع القطع وجب الأكثـر من حصة القطعة من الدية أو الحكومة، وإن ثقب ذكـره فيما دون الحشفة فصار البول يخرج من الثقب ففيه حكومة لذلك.

29- **مـسألة:** (وإن أشل الأنف والأذن أو عوجهما ففيه حكومة، وفى قطع الأشل منهما كمال الدية).

إذا ضرب أنفه فأشله ففيه حكومة، وإن قطعه قاطع بعد ذلك ففيه ديته، وكذلك الأذن إذا جنى عليها فـاستحشفت واسـتحشافهـا كشلل سائر الأعضـاء ففيها حكومـة وهذا أحد قولى الشافعى وقـال فى الآخر: فى ذلك ديتها، وكذلك قـوله: فى الأنف إذا أشله، لأن ما وجبت ديته بقطعه وجبت بشلله كاليد والرجل.

ولنا: أن نفع الأذن باق بعد استحشافها وجماها فإن نفعها جمع الصوت ومنع دخول الماء والهوام فى صماخه وهذا باق بعد شللها، فإن قطعهـما قاطع بعد شللها ففيها ديته، لأنه قطع أذنًا فيها جمالها ونفـعها فوجبت ديتها كالصحيحة وكمـا لو قلع عينا عمياء أو حولاء وكذلك الأنف نفعـه جمع الرائحة ومنع وصول الهـوام إلى دماغه وهذا باق بعد الشلل بـخلاف سائر الأعضاء، فإن جنى على الأنف فعـوجه أو غير لونه ففيه حكومة فى قولهم جـميعًا، وكذلك الأذن إذا عوجها أو غير لونه ففيها حكومة كالأنف.

فـصل: فإن قطع الأنف إلا جلدة بقى معلقا بها فلم يلتحم واحتيج إلى قطع الجلدة ففيه

سقط من ديتها بقدر الذاهب منها ووجب الباقى، وإن كان إحدى ثنيتيه قصيرة نقص من ديته بقدر نقصها كما لو نقصت بكسرها.

فصل: فإن جنى على سنه جان فاضطربت وطالت على الأسنان وقيل: إنها تعود إلى مدة إلى ما كانت عليه انتظرت إليها فإن ذهبت وسقطت وجبت ديتها وإن عادت كما كانت فلا شيء فيها كما لو جنى على يده فمرضت ثم برأت، وإن بقى فيها اضطراب ففيها حكومة، وإن قلعها قالع فعليه ديتها كاملة كما ذكرنا فى الفصل الذى قبله وعلى الأول حكومة لجنايته، وإن مضت المدة ولم تعد إلى ما كانت عليه ففيها حكومة وإن قلعها قالع فعليه ديتها كما ذكرنا، وإن قالوا: يرجى عودها من غير تقدير مدة وجبت الحكومة فيها لئلا يفضى إلى إهدار الجناية فإن عادت سقطت الحكومة لما ذكرنا فى غيرها.

فصل: فإن قلع قالع سنه فردها صاحبها فنبتت فى موضعها لم تجب ديتها نص عليه أحمد فى رواية جعفر بن محمد وهذا قول أبى بكر وعلى قول القاضى تجب ديتها وهو مذهب الشافعى، وقد ذكرنا توجيههما فيما إذا قطع أنفه فرده فالتحم فعلى قول أبى بكر يجب فيها حكومة لنقصها إن نقصت أو ضعفها إن ضعفت، وإن قلعها قالع بعد ذلك وجبت ديتها، لأنها سن ذات جمال ومنفعة فوجبت ديتها كما لو لم تنقلع، وعلى قول القاضى ينبنى حكمها على وجوب قلعها فإن قلنا: يجب قلعها فلا شيء على قالعها، لأنه قد أحسن بقلعه ما يجب قلعه وإن قلنا: لا يجب قلعها احتمل أن يؤخذ بديتها لما ذكرنا واحتمل أن لا يؤخذ بديتها،

ديته لأنه قطع جميعه، بعضه بالمباشرة وبعضه بالسبب فأشبه ما لو سرى قطع بعضه إلى قطع جميعه وإن رده فالتحم ففيه حكومة، لأنه لم يبن، وإن أبانه فرده فالتحم فقال أبو بكر: ليس فيه إلا حكومة كالتى قبلها وقال القاضى: فيه ديته وهو مذهب الشافعى، لأنه أبان أنفه فلزمته ديته كما لو لم يلتحم، ولأن ما أبين قد نجس فيلزمه أن يبينه بعد التحامه ومن قال بقول أبى بكر منع نجاسته ووجوب إبانته، لأن أجزاء الآدمى كجملته بدليل سائر الحيوانات وجملته طاهرة فكذلك أجزاؤه.

30- **مسألة:** (وتجب الدية فى أنف الأخشم والمخزوم).

لأن أنف الأخشم لا عيب فيه وإنما العيب فى غيره فوجبت ديته كأنف غير الأخشم، وأما المخزوم فأنفه كامل غير أنه معيب فأشبه العضو المريض ولذلك تجب فى أذن الأصم لأن الصمم نقص فى غير الأذن فلم يؤثر فى ديتها كالعمى لا يؤثر فى دية الأجفان وهذا قول الشافعى ولا نعلم فيه مخالفًا.

مسألة: (وإن قطع أنفه فذهب شمه وجبت ديتان، لأن الشم فى غير الأنف فلا تدخل دية أحدهما فى الآخر، وكذلك إذا قطع أذنه فذهب سمعه يجب ديتان، لأن السمع فى غير الأذن فهو كالبصر مع الأجفان والنطق مع الشفتين).

لأنه قد وجبت له ديتها مرة فلا تجب ثانية ولكن فيها حكومة فأما إن جعل مكانها سنًا أخرى أو سن حيوان أو عظمًا فنبتت وجب ديتها وجهًا واحدًا، لأن سنه ذهبت بالكلية فوجبت ديتها كما لو لم يجعل مكانها شيئًا وإن قلعت هذه الثانية لم تجب ديتها، لأنها ليست سنًا له ولا هى من بدنه ولكن يجب فيها حكومة، لأنها جناية أزالت جماله ومنفعته فأشبه ما لو خاط جرحه بخيط فالتحم فقلع أسنان الخيط فانفتح الجرح وزال التحامه ويحتمل أن لا يجب شىء، لأنه أزال ما ليس من بدنه أشبه ما لو قلع الأنف الذهب الذى جعله المجدوع مكان أنفه.

فصل: وإن جنى على سنه فسودها فحكى عن أحمد رحمه الله فى ذلك روايتان:

إحداهما: تجب ديتها كاملة وهو ظاهر كلام الخرقى ويروى هذا عن زيد بن ثابت(٢٨) وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وشريح والزهرى وعبد الملك بن مروان والنخعى ومالك والليث وعبد العزيز بن أبى سلمة والثورى وأصحاب الرأى وهو أحد قولى الشافعى.

والرواية الثانية: عن أحمد أنه إن أذهب منفعتها من المضغ عليها ونحوه ففيها ديتها، وإن لم يذهب نفعها ففيها حكومة وهذا قول القاضى والقول الثانى للشافعى وهو المختار عند أصحابه، لأنه لم يذهب بمنفعتها فلم تكمل ديتها كما لو اصفرت.

ولنا: أنه قول زيد بن ثابت ولم يعرف له مخالف فى الصحابة فكان إجماعًا، ولأنه أذهب الجمال على الكمال فكملت ديتها كما لو قطع أذن الأصم أنف الأخشم فأما إن اصفرت أو

31- مسألة: (وسائر الأعضاء إذا أذهبها بمنفعتها لم يجب إلا دية واحدة كالعين إذا قلعت فذهب ضوؤها لم يجب إلا دية واحدة).

لأن الضوء فيها ومثل ذلك سائر الأعضاء إذا أذهبها بنفعها لم يجب إلا دية واحدة، لأن نفعها فيها قد خلت ديته فى ديتها، ولأن منافعها تابعة لها تذهب بذهابها فوجبت دية العضو دون المنفعة كما لو قتله لم يجب إلا ديته.

فصل: فى دية المنافع قال الشيخ رحمه الله فى كل حاسة دية كاملة: وهى السمع والبصر والشم والذوق لا خلاف فى وجوب الدية بذهاب السمع قال ابن المنذر: أجمع عوام أهل العلم على أن فى السمع الدية روى ذلك عن عمر وبه قال مجاهد وقتادة والثورى والأوزاعى وأهل الشام وأهل العراق ومالك والشافعى وابن المنذر ولا أعلم عن غيرهم خلافهم وقد روى أن النبى ﷺ قال: «وفى السمع الدية» وروى أبو المهلب عن أبى قلابة أن رجلاً رمى رجلاً بحجر فى رأسه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه فقضى فيه عمر بأربع

---

(٢٨) وابن أبى شيبة فى «الديات» باب السن إذا احببت فاسودت (٦/ ٢/ ٣١٠) من طريق الحجاج عن مكحول عن زيد والحجاج مدلس وقد عنعنه.

احمـرت لم تكمل ديتهـا، لأنه لم يذهب الجمال على الكـمال وفيـها حكومة وإن اخـضرت احتمل أن يكون كتـسويدها، لأنه يذهب بجمالها واحتمل أن لا يجب فـيها إلا حكومة، لأن ذهاب جمالها بتسويدها أكثر فلم يلحق به غيره كما لو حمرها فعلى قول من أوجب ديتها متى قلعت بعد تسويدها فـفيها ثلث ديتها أو حـكومة على ما سنذكره فيمـا بعد وعلى قول من لم يوجب فيها إلا حكومة يجب فى قلعها ديتها كما لو صفرها.

فــصل: وإن جنى على سنه فذهبت حدتها وكلت ففى ذلك حكـومة وعلى قالعها بعد ذلك دية كاملة، لأنها سن صحيحة كاملة فكملت ديتها كالمضطربة، وإن ذهب منها جزء ففى الذاهب بقدره، وإن قلعها قالع نقص من ديتها بقدر ما ذهب كما لو كسر منها جزء.

فــصل: وفى اللحيين الدية وهما العظمان اللذان فيهمـا الأسنان السفلى، لأن فيهما نفعًا وجمالاً وليس فى البدن مثلهما فكانت فيهمـا الدية كسائر ما فى البدن منه شيئان وفى أحدهما نصفهـا كالواحد مما فى البـدن منه شيئان، وإن قلعهـما بما عليهمـا من الأسنان وجبت عليه ديتهمـا ودية الأسنان ولم تدخل دية الأسنان فى ديتهما كمـا تدخل دية الأصابع فى دية الوجه لوجوه ثلاثة:

أحـدها: أن الأسنان مغروزة فى اللحيين غير متصلة بهما بخلاف الأصابع، والثـانى: إن كل واحـد من اللحيـين والأسنان ينفـرد باسمـه ولا يدخل أحدهمـا فى اسم الآخر بخـلاف الأصابع والكف فإن اسم اليد يشملهما، والثالث: أن اللحيين توجدان قبل وجود الأسنان فى الخلقة وتبقيان بعد ذهابها فى حق الكبير ومن تقلعت أسنانه عادة بخلاف الأصابع والكف.

ديات والرجل حى، ولأنها حاسة تختص بنفع فكان فيـها الدية كالبصر، وإن ذهب السمع من إحدى الأذنين وجب نصف الدية كما لو ذهب البصر من إحدى العينين.

32- **مسألة:** (وفى البصر الدية).

لأن كل عضوين وجـبت الدية بذهابهما وجبت بإذهاب نفـعهما كاليـدين إذا أشلهما وفى ذهاب بصر إحداهما نصف الدية كما لو أشل يدًا واحدة، وليس فى إذهابهما بنفعهما أكثر من دية واحدة كاليـدين، وإن جنى على رأسه جناية ذهب بها بصره فعليـه ديته، لأنه ذهب بسبب جنايته، وإن لم يذهب بها فداواها فذهب بالمداواة فعليه الدية، لأنه ذهب بسبب فعله.

33- **مسألة:** (وفى الشم الدية).

لأنه حاسة يختـص بمنفعة فكان فى ذهابها الدية كسائر الحـواس ولا نعلم فى هذا خلافًا قال القاضى: فى كتاب عمرو بن حزم عن النبى ﷺ أنه قال: «وفى المشام الدية».

فــصل: وفى الذوق الدية وكذلك قال أبو الخطاب، لأن الذوق حاسة فأشبه الشم وقياس المذهب أنه لا دية فيه فإنه لا يختلف فى أن لسـان الأخرس لا دية فيه، وقد نص أحمد على أن فيه ثلث الدية ولو وجب فى الذوق دية لوجبت فى ذهابه مع ذهاب اللسان بطريق الأولى،

١٤٩٢- **مسألة:** قال: (وفى اليدين الدية) .

أجمع أهل العلم على وجوب الدية فى اليدين ووجوب نصفها فى إحداهما، وروى عن معاذ بن جبل رضي الله عنه أن النبى ﷺ قال: «وفى اليدين الدية وفى الرجلين الدية»(٢٩) وفى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم «وفى اليد خمسون من الإبل»(٣٠) ولأن فيها جمالاً ظاهراً ومنفعة كاملة وليس فى البدن من جنسهما غيرهما فكان فيهما الدية كالعينين واليد التى تجب فيها الدية من الكوع، لأن اسم اليد عند الإطلاق ينصرف إليها بدليل أن الله تعالى لما قال: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ (المائدة: ٣٨) كان الواجب قطعهما من الكوع، وكذلك التيمم يجب فيه مسح اليدين إلى الكوعين فإن قطع يده من فوق الكوع مثل أن يقطعها من المرفق أو نصف الساعد فليس عليه إلا دية اليد نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب، وهذا قول عطاء وقتادة والنخعى وابن أبى ليلى ومالك وهو قول بعض أصحاب الشافعى، وظاهر مذهبه عند أصحابه أنه يجب مع دية اليد حكومة لما زاد، لأن اسم اليد لها إلى الكوع، ولأن المنفعة المقصودة فى اليد من البطش والأخذ والدفع فالكف وما زاد تابع للكف والدية تجب فى قطعها من الكوع بغير خلاف فتجب فى الزائد حكومة كما لو قطعه بعد قطع الكف قال أبو الخطاب وهذا قول القاضى.

ولنا: أن اليد اسم للجميع إلى المنكب بدليل قوله تعالى: ﴿وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ (المائدة: ٦) ولما نزلت آية التيمم مسحت الصحابة إلى المناكب، وقال ثعلب: اليد إلى المنكب

واختلف أصحاب الشافعى فمنهم من قال: قد نص الشافعى على وجوب الدية فيه ومنهم من قال: لا نص له فيه ومنهم من قال: قد نص على أن فى لسان الأخرس حكومة، وإن ذهب الذوق بذهابه قال شيخنا: والصحيح إن شاء الله أنه لا دية فيه، لأن فى إجماعهم على أن لسان الأخرس لا تكمل الدية فيه إجماعًا على أنها لا تكمل فى ذهاب الذوق بمفرده، لأن كل عضو لا تكمل الدية فيه بمنفعته لا تكمل فى منفعته دونه كسائر الأعضاء ولا تفريع على هذا القول.

34- **مسألة:** (وكذلك تجب فى الكلام والعقل والمشى والأكل والنكاح) .

إذا جنى عليه فخرس وجبت ديته، لأن كل ما تعلقت الدية بإتلافه تعلقت بإتلاف منفعته كاليد.

35- **مسألة:** (وفى ذهاب العقل الدية) .

ولا نعلم فيه خلافًا روى ذلك عن عمر وزيد رضي الله عنهما(9)، وإليه ذهب من بلغنا قوله من

---

(٢٩) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٨/ ٣٨٠/ ١٨٦٧٨) عن الزهرى مرسلاً.

(٣٠) تقدم فى أول كتاب «الديات» برقم (١).

(9) سيأتى تخريجه مسألة رقم (١٥٠٠/ ٤٣).

وفى عرف الناس أن جميع ذلك يسمى يـدًا فإذا قطعهـا من فوق الكوع فمـا قطع إلا يدًا فلا يلزمه أكثر من ديتهـا، فأما قطعهـا فى السرقة فـلأن المقصود يحصل به وقطع بعض الشىء يسمى قطعًا له كـما يقال: قطع ثوبه إذا قطع جانبًا منه وقـولهم: إن الدية تجب فى قطعها من الكوع قلنا: وكذلك تجب بقطع الأصـابع منفردة ولا يجب بقطعها من الكوع أكثـر مما يجب فى قطع الأصابع والذكر يجب فى قطعه من أصله مثل ما يجب بقطع حشفته فأما إذا قطع اليد من الكوع ثم قطعـها من المرفق وجب فى المـقطوع ثانيًا حكومـة لأنه وجبت عليـه دية اليد بالقطع الأول فوجبت بالثانى حكومة كما لو قطع الأصابع ثم قطع الكف أو قطع حشفة الذكر ثم قطع بقيته أو كما لو فعل ذلك اثنان.

فـصل: فإن جنى عليها فأشلها وجبت عليه ديتها، لأنه فوت منفعتها فلزمته ديتها كما لو أعمى عينه مع بقـائها أو أخرس لسانه، وإن جنى على يده فـعوجها أو نقص قوتهـا أو شانها فعليه حكومة لنقصها، وإن كسرها ثم انجبرت مستقيمة وجبت حكومة لشينها إن شانها ذلك، وإن عادت معوجة فـالحكومة أكثر، لأن شينها أكثر، وإن قال الجـانى: أنا أكسرها ثم أجبرها مستقيمة لم يمكن من ذلك لأنها جناية ثانية، فإن كـسرها تعديًا ثم جبرها فاستقامت لم يسقط ما وجب من الحكومة فى اعوجاجها، لأن ذلك استـقر حين انجبرت عوجاء وهذه جنابة ثانية والجبر الثانى لها دون الأولى ولا يشبه هذا مـا إذا ذهب ضوء عينه ثم عاد لأننا تبينا أن الضوء لم يذهب، وإنما حـال دونه حائل وهـــهنا بخلافه وتجب الحكومـة فى الكسر الثـانى، لأنها

الفقهاء وفى كتـاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم: «وفى العقل الدية»[10] ولأنه أكبر الـمعانى قدرًا وأعظم الحواس نفـعًا فإنه يتميـز من البهمية ويـعرف به حقائق المعلومـات ويهتدى إلى مـصالحـه ويتقـى ما يضـره ويدخل به فى التكليف وهو شـرط فى ثبـوت الولايات وصحـة التصرفـات وآداء العبادات فكان بإيجاب الدية أحق من بقـية الحواس، فإن نقص عـقله نقصًا معلومًا وجب بقدره.

فـصل: فإن ذهب عقله بجناية لا توجب أرشًا كاللطمة والتخويف ونحو ذلك ففيه الدية لا غير وإن أذهبه بجناية لوجب أرشًا كالجـراح أو قطع عضو وجبت الدية وأرش الجرح وبهذا قال مالك والشافعى فى الجديد، وقال أبو حنيفة والشافعى فى القديم: يدخلُ الأقل منهما فى الأكثر، فإن كانت الدية أكثر من أرش الجـرح وجبت وحدها، وإن كان أرش الجرح أكثر كأن قطع يديه ورجليه فـذهب عقله وجبت دية الجـرح ودخلت دية العقل فيـه، لأن ذهاب العقل تختل معه منافع الأعضاء فدخل أرشها فيه كالموت.

ولنا: أن هذه جناية أذهبت منفعة من غير محلها مع بقاء النفس فلم يتداخل الأرشان كما لو أوضحـه فذهب بصره أو سـمعه، ولأنه لو جنى علـى أذنه أو أنفه فذهب شـمه لم يدخل

---

(10) تقدم برقم (١) فى أول كتاب «الديات».

جناية ثانية ويحتمل أن لا تجب، لأنه أزال ضرر العوج منها فكان نفعًا فأشبه ما لو جنى عليه بقطع سلعة أزالها عنه.

فصل: فإن كان له كفان فى ذراع أو يدان على عضد، وإحداهما باطشة دون الأخرى أو إحداهما أكثر بطشًا أو فى سمت الذراع والأخرى منحرفة عنه أو إحداهما تامة والأخرى ناقصة فالأولى هى الأصلية والأخرى زائدة ففى الأصلية ديتها القصاص بقطعها عمدًا والأخرى زائدة فيها حكومة سواء قطعها مفردة أو قطعها مع الأصلية، وعلى قول ابن حامد لا شىء فيها، لأنها عيب فهى كالسلعة فى اليد، وإن استويا من كل الوجوه فإن كانتا غير باطشتين ففيهما ثلث دية اليد أو حكومة ولا تجب دية اليد كاملة لأنهما لا نفع له فيهما فهما كاليد الشلاء وإن كانتا باطشتين ففيهما جميعًا دية اليد وهل تجب حكومة ذلك؟ على وجهين بناءً على الزائدة هل فيها حكومة أم لا؟ وإن قطع إحداهما فلا قود لاحتمال أن تكون هى الزائدة فلا تقطع الأصلية بها وفيها نصف ما فيهما إذا قطعتا لتساويهما وإن قطع إصبعًا من إحداهما وجب أرش نصف أصبع وفى الحكومة وجهان وإن قطع ذو اليد التى لها طرفان يدًا مفردة وجب القصاص فيهما على قول ابن حامد، لأن هذا نقص لا يمنع القصاص كالسلعة فى اليد وعلى قول غيره لا يجب لئلا يأخذ يدين بيد واحدة ولا تقطع إحداهما، لأنا لا نعرف الأصلية فنأخذها ولا نأخذ زائدة بأصلية فأما إن كان له قدمان فى رجل واحدة فالحكم على ما ذكرناه فى اليدين فإن كانت إحدى القدمين أطول من الأخرى وكان الطويل مساويًا للرجل الأخرى فهو الأصلى،

أرشهما فى دية الأنف والأذن مع قربهما منهما فههنا أولى، وما ذكروه لا يصح، لأنه لو دخل أرش الجرح فى دية العقل لم يجب أرشه إذا زاد على دية العقل، كما أن دية الأعضاء كلها مع القتل لا يجب أكثر من دية النفس فلا يصح قولهم: أن منافع الأعضاء تبطل بذهاب العقل، فإن المجنون تضمن منافعه وأعضاؤه بعد ذهاب عقله بما تضمن به منافع الصحيح وأعضاؤه، ولو ذهبت منافعه وأعضاؤه لم تضمن كما لا تضمن منافع الميت وأعضاؤه وإذا جاز أن تضمن بالجناية عليها بعد الجناية عليه جاز ضمانها مع الجناية عليه كما لو جنى عليه فأذهب سمعه وبصره بجراحة فى غير محلها.

فصل: فإن جنى عليه فأذهب عقله وشمه وبصره وكلامه وجب أربع ديات مع أرش الجرح، قال أبو قلابة: رمى رجل رجلاً بحجر فذهب عقله وسمعه وبصره ولسانه فقضى عليه عمر بأربع ديات وهو حى، ولأنه أذهب منافع فى كل واحد منهما دية فوجبت عليه دياتها كما لو أذهبها بجنايات، فإن مات من الجناية لم يجب إلا دية واحدة، لأن ديات المنافع كلها تدخل فى دية النفس كديات الأعضاء.

36- **مسألة:** (وفى ذهاب المشى الدية) لأنها منفعة مقصودة فوجبت فيها الدية كالكلام.

وإن كان زائـدًا عنها والآخـر مسـاو للرجل الأخرى فـهو الأصلى، وإن كـان له فى كل رجل قدمان يمكنه المشى على الطويلتين مشيًا مستقيمًا فهما الأصليان، وإن لم يمكنه فقطعا وأمكنه المشى على القصيرين فهما الأصليان والآخران زائدان، وإن أشل الطويلتين ففيهما الدية، لأن الظاهر أنهما الأصليان فإن قطعهما قاطع فـأمكنه المشى على القصيرتين تبين أنهما الأصليان، وإن لم يمكنه فالطويلان هما الأصليان.

١٤٩٣- **مسألة:** قال: (وفى الثديين الدية سواء كان من رجل أو امرأة).

أما ثديا المرأة ففيهما ديتهمـا، لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافًا وفى الواحد منهما نصف الدية قـال ابن المنذر[٣١]: أجمع كل من نحـفظ عنه من أهل العلم على أن فى ثدى المرأة نصف الدية وفى الثـديين الدية وممن حفظنا ذلك عن الحـسن والشعبى والزهرى ومكحول، وقتادة ومالك والثـورى والشافعى وأصحاب الرأى، ولأن فيهـما جمالاً ومنفعة فأشـبها اليدين والرجلين وفى أحدهما نصف الدية، لأن كل عـضوين وجبت الدية فيهمـا وجب فى أحدهما نصفها كاليـدين، وفى قطع حلمتى الثديين ديتهما نص عليه أحـمد رحمه الله وروى نحو هذا الشعبى والنخـعى والشافعى وقال مـالك والثورى: إن ذهب اللبن وجبت ديتهـما وإلا وجبت حكومة بقدر شينه ونحوه قال قتادة إذا ذهب الرضاع بقطعهما ففيهما الدية.

ولنا: أنه ذهب منهما ما تذهب المنفعة بذهابه فوجبت ديتهما كالأصابع مع الكف وحشفة الذكر وبيان ذهاب المنفعة أن بهما يشـرب الصبى ويرتضع فهما كالأصابع فى الكف وإن قطع

فـصل: وفى كسر الصلب الدية إذا لم ينجبر لمـا روى فى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم «وفى الصلب الدية» وعن سعيد بن المسيب قال: مضت السنة أن فى الصلب الدية وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ وبه قال زيد بن ثابت وعطاء والحسن والزهرى ومالك وقال القاضى وأصحاب الشـافعى: ليس فى كسر الصلب دية إلا أن يذهب مشيه أو جمـاعه فتجب الدية لتلك المنفعة، لأنه عضو لم تذهب منفعته فلم يجب فيه دية كاملة كسائر الأعضاء.

ولنا: الخبـر، ولأنه عضو ليس فى البدن مـثله فيه جمال ومـنفعة فوجبت الديـة بمفرده كالأنف، وإن ذهب مشـيه بكسر صلبه ففـيه الدية فى قول الجمـيع، ولا يجب أكثر من دية، لأنها منفعة تلزم كسر الصلب غالبًا فأشبه ما لو قطع رجليه.

37- **مسألة:** (وفى ذهاب الأكـل الدية) لأنها منفعة مقصودة فوجبت فيه الدية كالشم والنكاح.

38- **مسألة:** (فإن كسر صلبه فذهب نكاحه ففيه الدية).

روى ذلك عن على رضي الله عنه، لأنه نفع مـقصـود فأشـبه ذهاب المـشى، وإن ذهب جمـاعه ومشيه وجبت ديـتان فى ظاهر كلام أحمد فى رواية ابنه عبد الله، لأنهـمـا منفعتان تجب الدية

---

(٣١) انظر الإجماع لابن المنذر (ص١٣٩/ ٦٩١).

الثديين كلهما فليس فيهما إلا دية كما لو قطع الذكر كله، وإن حصل مع قطعهما جائفة وجب فيهما ثلث الدية مع ديتهما، وإن حصل جائفتان وجبت دية وثلثان وإن ضربهما فأشلهما ففيهما الدية كما لو أشل يديه وإن جنى عليهما فأذهب لبنهما من غير أن يشلهما فقال أصحابنا: فيهما حكومة وهذا قول أصحاب الشافعى ويحتمل أن تجب ديتهما، لأنه ذهب بنفعهما فأشبه ما لو أشلهما، وهذا ظاهر قول مالك والثورى وقتادة وإن جنى عليهما من صغيرة ثم ولدت فلم ينزل لها لبن سئل أهل الخبرة فإن قالوا: إن الجناية سبب قطع اللبن فعليه ما على من ذهب باللبن بعد وجوده وإن قالوا: ينقطع بغير الجناية لم يجب عليه أرشه، لأن الأصل براءة ذمته فلا يجب فيها شيء بالشك، وإن جنى عليهما فنقص لبنهما أو جنى على ثديين ناهدين فكسرهما أو صار بهما مرض ففيه حكومة لنقصه الذى نقصهما.

فصل: فأما ثديا الرجل وهما الثندوتان ففيهما الدية وبهذا قال إسحاق، وحكى ذلك قولاً للشافعى وقال النخعى ومالك وأصحاب الرأى وابن المنذر: فيهما حكومة وهو ظاهر مذهب الشافعى، لأنه ذهب بالجمال من غير منفعة فلم تجب الدية كما لو أتلف العين القائمة واليد الشلاء، وقال الزهرى: فى حلمة الرجل خمس من الإبل، وعن زيد بن ثابت فيه ثمن الدية.

ولنا: أن ما وجب فيه الدية من المرأة وجب فيه من الرجل كاليدين وسائر الأعضاء ولأنهما عضوان فى البدن يحصل بهما الجمال ليس فى البدن غيرهما من جنسهما فوجبت فيهما الدية كاليدين، ولأنه أذهب الجمال على الكمال فوجبت الدية كالشعور الأربعة عند أبى

بذهاب كل واحدة منهما منفردة، فإذا اجتمعتا وجبت ديتان كالسمع والبصر، وعن أحمد فيهما دية واحدة، لأنهما نفع عضو واحد فلم يجب فيهما أكثر من دية واحدة كما لو قطع لسانه فذهب كلامه وذوقه، وإن جبر صلبه فعادت إحدى المنفعتين دون الأخرى لم يجب إلا دية إلا أن تنقص الأخرى فتجب حكومة لنقصها أو تنقص من جهة أخرى فيكون فيه حكومة لنقصها لذلك، وإن ادعى ذهاب جماعه فقال رجلان من أهل الخبرة: إن مثل هذه الجناية تذهب الجماع فالقول قول المجنى عليه مع يمينه، لأنه لا يتوصل إلى معرفة ذلك إلا من جهته، وإن كسر صلبه فشل ذكره اقتضى كلام أحمد وجوب ديتين لكسر الصلب واحدة وللذكر أخرى، وفى قول القاضى ومذهب الشافعى فى الذكر دية وحكومة لكسر الصلب، وإن أذهب ماءه دون جماعه احتمل وجوب الدية، ويروى هذا عن مجاهد قال بعض أصحاب الشافعى: هو الذى يقتضيه مذهب الشافعى، لأنه ذهب بمنفعة مقصودة فوجبت الدية كما لو ذهب بجماعه أو كما لو قطع أنثييه أو رضهما واحتمل أن لا تجب الدية كاملة لأنه لم يذهب بالمنفعة كلها.

39- **مسألة:** (ويجب فى الحدب).

تجب الدية فى الحدب، لأن فى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم «وفى الصلب الدية» ولأنه أبطل عليه منفعة مقصودة وجمالاً أشبه ما لو أذهب مشيه.

حنيفـة، وكأذنى الأصم وأنف الأخشم عند الجـميع، ويفارق العيـن القائمة، لأنه ليس فيـها جمال كـامل، ولأنها عضو قد ذهب منه مـا تجب فيه الدية فلم تكمل ديته كـاليدين إذا شلتا بخلاف مسألتنا.

١٤٩٤- **مسألة:** قال: (وفى الإليتين الدية).

قـال ابن المنذر(٣٢): كل من نحفظ عنه من أهل العلم يقـولون فى الإليتين الدية، وفى كل واحدة منهما نصفها منهم عمرو بن شـعيب والنخعى والشافعى وأصحاب الرأى، ولأنهما عضوان من جنس فـيهما جمـال ظاهر ومنفعة كاملة فـإنه يجلس عليهما كـالوسادتين فوجب فيهما الدية وفى إحداهما نصفها كاليـدين، والإليتان هما ما علا وأشرف من الظهر عن استواء الفخذين وفيهما الدية إذا أخذتا إلى العظم الذى تحتـهما، وفى ذهاب بعضهما بقدره، لأن ما وجبت الدية فـيه وجب فى بعضـه بقدره، فإن جـهل المقدار وجبـت حكومة، لأنه نقص لم يعرف قدره.

فـصل: وفى الصلب الدية إذا كسر فلم ينجبر لمـا روى فى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حـزم «وفى الصلب الدية»(٣٣) وعن سعيد بن المـسيب أنه قال: مضت السنة أن فى الصلب الدية وهذا ينصـرف إلى سنة النبى ﷺ، ومـمن قـال بذلك زيد بن ثابت وعطاء والحـسن والزهرى ومالك، وقال القـاضى وأصحاب الشافعى: ليس فـى كسر الصلب دية إلا أن يذهب مشيـه أو جماعه فتـجب الدية لتلك المنفعة، لأنه عـضو لم تذهب منفعته فلـم تجب فيه دية كاملة كسائر الأعضاء.

40- **مسألة:** (وفى الصعر الدية، وهو أن يضربه فيصير الوجه إلى جانب).

وأصل الصعر داء يأخذ البعير فيلتوى منه عنقه قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُصَعِّرْ خَدَّكَ لِلنَّاسِ﴾ (لقـمـان: ١٨) أى لا تعرض عنهم بوجهك تكبرًا كإمالة وجـه البعير الذى به الصعر، فمن جنى على إنسان جناية فعـوج عنقه حتى صار وجهه فى جانب فـعليه دية كاملة روى ذلك عن زيد ابن ثابت ﷺ(II)، وقال الشافعى: ليس فيه إلا حكومة، لأنه إذهاب جمال من غير منفعة.

ولنا: مـا روى مكحول عن زيد بن ثابت أنـه قال: وفى الصـعر الدية ولم يعـرف له فى الصحابة مخالف فكان إجماعًا، ولأنه أذهب الجمـال والمنفعة فوجبت فيه دية كسائر المنافع، وقولهم: لم نذهب منفـعة لا يصح، فإنه لا يقدر على النـظر أمامه واتقاء ما يـحذره إذا مشى وإذا نابه أمر أو دهمـه عدو لم يمكنه العلم به ولا اتقاؤه ولا يمكنـه لى عنقه ليتعـرف ما يريد نظره ويتعرف ما يضره مما ينفعه.

---

(٣٢) لم أجده فى الإجماع لابن المنذر. (٣٣) تقدم برقم (١) أول كتاب «الديات».

(II) أخرجـه عبد الرزاق فى «المـصنف» (٩/ ٣٥٩/ ١٧٥٦٥) من طريق الحجاج عـن مكحول عن زيد بن ثابت... به وإسناده ضعيف الحجاج مدلس وقد عنعنه ومكحول لم يدرك زيد بن ثابت.

ولنا: الخبر، ولأنه عضو ليس فى البدن مثله فيه جمال ومنفعة فوجبت الدية فيه بمفرده كالأنف، وإن ذهب مشيه بكسر صلبه ففيه الدية فى قول الجميع، ولا يجب أكثر من دية، لأنها منفعة تلزم كسر الصلب غالبًا فأشبه ما لو قطع رجليه، وإن لم يذهب مشيه لكن ذهب جماعه فيه الدية أيضًا، روى ذلك عن على رضي الله عنه(٣٤)، لأنه نفع مقصود فأشبه ذهاب مشيه، وإن ذهب جماعه ومشيه وجبت ديتان فى ظاهر كلام أحمد رحمه الله فى رواية ابنه عبد الله، لأنهما منفعتان تجب الدية بذهاب كل واحدة منهما منفردة، فإذا اجتمعتا وجبت ديتان كالسمع والبصر، وعن أحمد فيهما دية واحدة، لأنهما نفع عضو واحد فلم يجب فيها أكثر من دية واحدة كما لو قطع لسانه فذهب كلامه وذوقه، وإن جبر صلبه فعادت إحدى المنفعتين دون الأخرى لم يجب إلا دية إلا أن تنقص الأخرى فتجب حكومة لنقصها أو تنقص من جهة أخرى فيكون فيه حكومة لذلك»، وإن ادعى ذهاب جماعه وقال رجلان من أهل الخبرة إن مثل هذه الجناية يذهب بالجماع، فالقول قول المجنى عليه مع يمينه، لأنه لا يتوصل إلى معرفة ذلك إلا من جهته، وإن كسر صلبه فشل ذكره اقتضى كلامه أحمد وجوب ديتين لكسر الصلب واحدة وللذكر أخرى، وفى قول القاضى ومذهب الشافعى يجب فى الذكر دية وحكومة لكسر الصلب، وإن أشل رجليه ففيهما دية أيضًا، وإن أذهب ماءه دون جماعه احتمل وجوب الدية، وهذا يروى عن مجاهد، قال بعض أصحاب الشافعى: هو الذى يقتضيه مذهب الشافعى، لأنه ذهب بمنفعة مقصودة فوجبت الدية كما لو ذهب بجماعه أو كما لو قطع أنثييه أو رضهما، ويحتمل أن لا تجب الدية كاملة، لأنه لم يذهب بالمنفعة كلها .

فصل: فإن جنى عليه فصار الالتفات أو ابتلاع الماء عليه شاقًا ففيه حكومة، لأنه لم يذهب بالمنفعة كلها ولا يمكن تقديرها، وإن صار بحيث لا يمكنه ازدراد ريقه فهذا لا يكاد يبقى، وإن بقى مع ذلك ففيه الدية، لأنه تفويت منفعة ليس لها مثل فى البدن.

41- **مسألة:** (وفى تسويد الوجه إذا لم يزل الدية، وقال الشافعى: فيه حكومة) لأنه لا مقدر فيه ولا هو نظير لمقدر.

ولنا: أنه فوت الجمال على الكمال فضمنه بديته كما لو قطع أذنى الأصم أو أنف الأخشم وقوله: ليس بنظير لمقدر ممنوع، فإنه لقطع الأذنين فى ذهاب الجمال بل هو أعظم فى ذلك فيكون بإيجاب الدية أولى، فإن زال السواد رد ما أخذه لسواده لزوال سبب الضمان، فأما أن صفر وجهه أو حمره ففيه حكومة، لأنه لم يذهب بالجمال على الكمال.

42- **مسألة:** (وإذا لم يستمسك الغائط والبول ففى كل واحد من ذلك دية كاملة).

وجملة ذلك: أنه إذا ضرب بطنه فلم يستمسك الغائط أو المثانة فلم يستمسك البول

---

(٣٤) أخرجه ابن أبى شيبة فى «الديات» باب «فى الصلب كم فيه» (٦/ ٢/ ٣٢٥) من طريق الحجاج عن مكحول عن زيد. . . به وإسناده ضعيف وقد تقدم الكلام على هذا الإسناد.

١٤٩٥- مسألة: قال: (وفى الذكر الدية).

أجمع أهل العلم على أن فى الذكر الدية(*) وفى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم «وفى الذكـر الدية»(٣٥) ولأنه عضو واحد فيه الجمال والـمنفعة فكملت فيه الدية كالأنف واللسان وفى شلله ديته، لأنه ذهب بنفعه أشبه ما لو أشل لسـانه، وتجب الدية فى ذكر الصغير والكبير والشيخ والشاب سـواء قدر على الجماع أو لم يقـدر، فأما ذكر العنين فأكـثر أهل العلم على وجوب الدية لعموم الحديث، ولأنه غير مأيوس من جماعه وهو عضو سليم فى نفسه فكملت ديته كذكر الشيخ، وذكر القـاضى فيه عن أحمد روايتين: **إحداهـما:** تجب فيـه الدية لذلك، **والثـانيـة:** لا تكمل ديته، وهو مذهب قتادة، لأن منفعتـه الإنزال والإحبال والجماع وقد عدم ذلك منه فى حال الكمال فلم تكمل ديته كالأشل، وبهذا فارق ذكر الصبى والشيخ، واختلفت الرواية فى ذكر الخصى فعنه فيه دية كاملة وهو قول سعيد بن عبد العزيز والشافعى وابن المنذر للخبر، ولأن منفعة الذكر الجماع وهو باق فيه، **والثانية:** لا تجب فيه وهو قول مالك والثورى وأصحاب الرأى وقتادة وإسحاق لما ذكـرنا فى ذكر العنين، ولأن المقصود منه تحصيل النسل ولا يوجد ذلك منه لم يكمل ديته كالأشل، والجماع يذهب فى الغالب بدليل أن البهائم يذهب جماعها بخصائها، والفرق بين ذكر العنين وذكر الخصى أن الجماع فى ذكر العنين أبعد منه فى ذكر الخـصى واليأس من الإنزال متـحقق فى ذكر الخـصى دون ذكر العنين، فـعلى قولنا: لا تكمل الدية فى ذكر الخصى إن قطع الذكر والأنثيين دفعة واحدة أو قطع الذكر ثم قطع الأنثيين لزمته ديتان، فـإن قطع الأنثيين ثم قطع الذكر لم يلزمه إلا دية واحدة مـن الأنثيين وفى الذكر حكومة، لأنه ذكر خصى قال القـاضى: ونص أحمد على هذا، وإن قطع نصف الذكر بالطول ففيه نصف الـدية، ذكره أصحابنا والأولى أن تجب الدية كاملة، لأنه ذهب بمنفـعة الجماع به فكملت ديته كما لو أشله أو كسر صلبه فذهب جـماعه، وإن قطع قطعة منه مما دون الحشفة وكان البول يخرج على ما كان عليه وجب بقـدر القطعة من جميع الذكر من الدية، وإن خرج البول من موضع القطع وجب الأكثر من حـصة القطعة من الدية أو الحكومة، وإن ثقب ذكره فيما دون الحشفة فصار البول يخرج من الثقب ففيه حكومة لذلك.

وجب فيه الدية، وبهذا قال ابن جريح وأبو ثور وأبو حنيفة ولا نعلم فيه مخالفًا إلا أن ابن أبى موسى ذكـر فى المثـانة رواية أخرى أن فـيها ثلث الدية، لأنهـا باطنة فهى كـإفضـاء المرأة، والصحيح الأول، لأن كل واحد من هذين المحلين عضو فيـه منفعة كبيرة ليس فى البدن مثله فوجب فى تفويـت منفعته دية كاملة كـسائر الأعضاء المـذكورة، فإن نفع المثـانة حبس البول وحبس البطن الغائط منفعة مثلها والنفع بهما كثير والضرر بفواتهما عظيم، فكان فى كل واحد منهما الدية كالسمع والبصر، وإن فاتت المنفـعتان بجناية واحدة وجب على الجانى ديتان كما لو ذهب سمعه وبصره بجناية واحدة.

(*) انظر الإجماع (ص١٤٠/ ٦٩٤).

(٣٥) تقدم برقم (١) فى أول كتاب «الديات».

١٤٩٦- **مسألة:** قال: (وفى الأنثيين الدية).

لا نعلم فى هذا خلافًا وفى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم: «وفى البيضتين الدية»(٣٦) ولأن فيهما الجمال والمنفعة فإن النسل يكون بهما فكانت فيهما الدية كاليدين وورى الزهرى عن سعيد بن المسيب أنه قال: مضت السنة أن فى الصلب الدية وفى الأنثيين الدية وفى إحداهما نصف الدية فى قول أكثر أهل العلم، وحكى عن سعيد بن المسيب أن فى اليسرى ثلثى الدية وفى اليمنى ثلثها، لأن نفع اليسرى أكثر، لأن النسل يكون بها.

ولنا: أن ما وجبت الدية فى شيئين منه وجب فى أحدهما نصفها كاليدين وسائر الأعضاء، ولأنهما ذو عدد تجب فيه الدية فاستوت ديتهما كالأصابع، وما ذكروه ينتقض بالأصابع، والأجفان تستوى دياتها مع اختلاف نفعها ثم يحتاج إلى إثبات ذلك الذى ذكره، وإن رض أنثييه أو أشلهما كملت ديتهما كما لو أشل يديه أو ذكره، فإن قطع أنثييه فذهب نسله

43- **مسألة:** (وفى نقص شيء من ذلك إن علم بقدره مثل نقص العقل بأن يجن يومًا ويفيق يومًا أو ذهاب بصر إحدى العينين أو سمع إحدى الأذنين) لأن ما وجب فيه الدية وجب بعضها فى بعضه كالأصابع واليدين.

فصل: وإن نقص الذوق نقصًا يتقدر بأن لا يدرك أحد المذاق الخمس وهى الحلاوة والحموضة والمرارة والملوحة والعذوبة، فإذا لم يدرك أحدها وأدرك الباقى ففيه خمس الدية وفى اثنين خمساها وفى ثلاث ثلاثة أخماسها وإن لم يدرك واحدة فعليه الدية إذا قلنا: تجب الدية فى ذهاب الذوق وإلا ففيه حكومة.

44- **مسألة:** (وفى بعض الكلام بالحساب يقسم على ثمانية وعشرين حرفًا) يعتبر ذلك بحروف المعجم هى ثمانية وعشرون حرفًا سوى لا، فإن مخرجها مخرج اللام والألف فمهما نقص من الحروف نقص من الدية بقدره، لأن الكلام تم، بجميعها فالذاهب يجب أن يكون عوضه من الدية كقدره من الكلام، ففى الحرف الواحد ربع سبع الدية، وفى الحرفين نصف سبعها، وفى الأربعة سبعها، ولا فرق بين ما خف على اللسان من الحروف أو ثقل، لأن كل ما وجب فيه المقدر لم يختلف لاختلاف قدره كالأصابع، ويحتمل أن يقسم الدية على الحروف التى للسان فيها عمل دون الشفوية، وهى الباء والميم والفاء والواو، ودون حروف الحلق الستة الهمز والحاء والهاء والخاء والعين والغين، فهذه عشرة بقى ثمانية عشر حرفًا للسان تقسم ديته عليها، لأن الدية تجب بقطع اللسان، وذهاب هذه الحروف وحدها مع بقائه فإذا وجبت الدية فيها بمفردها وجب فى بعضها بقسطه منها، ففى الواحد نصف تسع الدية، وفى الاثنين تسعها وفى الثلاثة سدسها وهذا قول بعض أصحاب الشافعى، وإن جنى على شفته فذهب بعض الحروف وجب فيه بقدره وكذلك إن ذهب بعض حروف الحلق بجنايته،

---

(٣٦) تقدم برقم (١) فى أول كتاب «الديات».

لم يجب أكثر من دية، لأن ذلك نفعهما فلم تزدد الدية بذهابه معهما كالبصر مع ذهاب العينين والبطش مع ذهاب الرجلين، وإن قطع إحـداهما فذهب النسل لم يجب أكـثر من نصف الدية لأن ذهابه غير متحقق.

١٤٩٧- **مسألة:** قال: (**وفى الرجلين الدية**).

أجمع أهل الـعلم على أن فى الرجلين الدية وفى إحداهمـا نصفـها روى ذلك عن عـمر وعلى(٣٧)، وبه قال قتادة ومالك وأهل المدينة والثورى وأهل العراق والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وقـد ذكرنا الحديث والمعـنى فيما تقدم وفى تـفصيلها مثل مـا ذكرنا من التفصيل فى اليدين سواء ومفصل الكعبين هـهنا مثل مفصل الكوعين فى اليدين.

وينبغى أن يجب بقدره من ثمانية وعشرين وجـهًا واحدًا، وإن ذهب حرف فعجز عن كلمة لم يجب غير أرش الحرف، لأن الضمان إنما يجب لما تلف، وأن ذهب حرف فأبدل مكانه حرفًا آخر كأن يقول: درهم فصار يقول: دلهم أو دعهم أو ديهم فعليه ضمان الحرف الذاهب، لأن ما يبدل لا يقوم مـقام الذاهب فى القراءة ولا غيرها، فإن جنى عليه فـذهب البدل وجبت ديته أيضًا، لأنه أصل وإن جنى عليـه جان فأذهب بعض الحـروف، وجنى عليه آخر فأذهب بقـية الكلام فعلى كل واحد منهـما بقسطه كما لو ذهب الأول ببصر بإحـدى العينين، وذهب الآخر ببصر الأخرى، ومن كـان الثغ من غير جناية عليه فذهب إنسان بكلامه كله، فـإن كان مأيوسًا من ذهاب لثغته ففيه بقسط ما ذهب مـن الحروف، وإن كان غير مأيوس من زوالهـا كالصبى ففيه الدية الكاملة، لأن الظاهر زوالها وكذلك الكبير إذا أمكن إزالة لثغته بالتعليم.

45- **مسألة: (وإن لم يعلم قدره مثل أن صار مدهوشًا يفزع مما لا يفزع ويستوحش إذا خلا فهذا لا يمكن تقديره)** فيجب فيه ما تخرجه الحكومة، لأنه لا تقدير فيه.

46- **مسألة: (فإن نقص سمعه أو بصره أو شمه أو حـصل فى كلامه تمتمة أو عجلة أو فأفأة ففيه حكومة لما حصل من النقص والشين ولم تجب الدية).**

لأن المنفعة باقـية، فإن جنى عليه جان آخر فـأذهب كلامه ففيه الدية كـاملة كما لو جنى على عينه جان فعمشت ثم جنى عليه آخر فأذهب بصرها، فإن نقص ذوقه نقصًا غير مقدر بأن يحس المذاق كله إلا أنه لا يدركه على الكمال ففيه حكومة كما لو نقص بصره أو سمعه نقصًا لا يتقدر.

47- **مسألة: (وإن نقص مشيه أو انحنى قليلاً أو تقلست شفته بعض التقلس أو تحركت سنه أو ذهب اللبن من ثدى المرأة ونحو ذلك ففيه حكومة)** لما ذكرنا.

---

(٣٧) ذكره ابن المنذر فى «الإجماع» (ص١٤٠/ ٦٩٦) قوله: وأجمعوا على أن فى اليد خمسين وفى الرجل خمسين. اهـ. وأخرجه ابن أبى شيبة فى «الديات» باب «الرجل كم فيها» (٦/ ٢/ ٣١٤) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ١٧٦٨٠) (١٨٦٨٤) من حديث على وعمر رضي الله عنهما.

فـصـل: وفى قدم الأعرج ويد الأعسم الدية لأن العرج لمعنى فى غير القدم والعسم الاعوجاج فى الرسغ وليس ذلك عيبًا فى قدم ولا كف فلم يمنع ذلك كمال الدية فيهما، وذكر أبو بكر أن فى كل واحد منهما ثلث الدية كاليد الشلاء ولا يصح، لأن هذين لم تبطل منفعتهما فلم تنقص ديتهما بخلاف اليد الشلاء.

١٤٩٨- **مسألة:** قال: **(وفى كل أصبع من اليدين والرجلين عشر من الإبل وفى كل أنملة منها ثلث عقلها إلا الإبهام فإنها مفصلان ففى كل مفصل منها خمس من الإبل)**.

هذا قول عامة أهل العلم منهم عمر وعلى وابن عباس(٣٨)، وبه قال مسروق وعروة ومكحول والشعبى وعبد الله بن معقل والثورى والأوزاعى ومالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى وأصحاب الحديث ولا نعلم فيه مخالفًا إلا رواية عن عمر أنه قضى فى الإبهام بثلث غرة وفى التى تليها باثنتى عشرة، وفى الوسطى بعشر وفى التى تليها بتسع، وفى

48- **مسألة: (وإن قطع اللسان فذهب بعض الكلام اعتبر أكثرها فلو ذهب ربع اللسان ونصف الكلام أو ربع الكلام ونصف اللسان وجب نصف الدية)**.

إذا قطع بعض لسانه فذهب بعض كلامه فإن استويا مثل أن يقطع ربع لسانه فيذهب ربع كلامه وجب ربع الدية بقدر الذاهب منهما كما لو قطع إحدى عينيه فذهب بصرها، وإن ذهب من أحدهما أكثر من الآخر كأن قطع ربع لسانه فذهب نصف كلامه أو قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه وجب بقدر الأكثر وهو نصف الدية فى الحالين، لأن كل واحد من اللسان والكلام مضمون بالدية منفردًا فإذا انفرد نصفه وجب النصف ألا ترى أنه لو ذهب نصف الكلام ولم يذهب من اللسان شيء وجب نصف الدية؟ ولو ذهب نصف اللسان ولم يذهب من الكلام شيء وجب نصف الدية.

49- **مسألة: (وإن قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام ثم قطع الآخر بقيته فذهب بقية الكلام فعلى الأول نصف الدية وعلى الثانى نصفها، ويحتمل أن يجب عليه نصف الدية وحكومة لربع اللسان)**.

فى هذه المسألة ثلاثة أوجه **أحدها:** على الثانى نصف الدية وهذا قول القاضى وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأن السالم نصف اللسان وباقيه أشل بدليل ذهاب نصف الكلام **والثانى:** عليه نصف الدية وحكومة للربع الأشل، لأنه لو كان جميعه أشل لكانت فيه حكومة أو ثلث الدية، فإذا كان بعضه أشل ففى ذلك البعض حكومة أيضًا **والثالث:** عليه ثلاثة أرباع الدية وهذا الوجه الثانى لأصحاب الشافعى، لأنه قطع ثلاثة أرباع لسانه فذهب نصف كلامه فوجب عليه ثلاثة أرباع الدية كما لو قطعه أولاً ولا يصح القول بأن بعضه أشل، لأن العضو

---

(٣٨) أخرجه ابن أبى شيبة فى «الديات» باب «كم فى كل أصبع» (٦/ ٣٠٥) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٩٣) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ١٩٣/ ١٩٥).

الخنصر بست(٣٩)، وروى عنه أنه لما أخبر بكتاب كتبه النبى ﷺ لآل حزم «وفى كل أصبع مما هنالك عشـر من الإبل» أخذ به وترك قوله الأول، وعن مجاهد فى الإبهـام خمس عشرة وفى التى تليها ثلاث عشرة وفى التى تليها عشر وفى التى تليها ثمان وفى التى تليها سبع.

ولنا: ما روى ابن عباس قال: قال رسـول الله ﷺ: «دية أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل لكل أصبع» أخرجه الترمذى وقال: حديث صحيح رواه أبو داود عن أبى موسى عن النبى ﷺ(٤٠)، وعن ابن عباس قال: رسـول الله ﷺ: «هذه وهذه سواء» يعنى الإبهام والخنصر، أخرجه البخارى وأبو داود(٤١)، وفى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم: «وفى كل

متى كان فيه بعض النفع لم يكن بعضه أشل كالعين إذا كان بصرها ضعيفًا واليد إذا كان بطشها ضعيفًا.

فصل: وإن قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه فعليه نصف ديته، وإن قطع الآخر بقيته فعليـه ثلاثة أرباع الدية، وهذا أحد الوجهين لأصـحاب الشافعى، والآخـر عليه نصف الدية، لأنه لم يقطع إلا نصف لسانه.

ولنا: أنه ذهب بثلاثة أرباع الكلام فلزمته ثـلاثة أرباع ديته كما لو ذهب ثلاثة أرباع الكلام بقطع نصف اللسـان فى الأول، ولأنه لو ذهب ثلاثة أرباع الكلام مع بقـاء اللسان لزمـته ثلاثة أرباع الدية، فلأن يجب بقطع نصف اللسان أولى ولو لـم يقطع الثانى نصف اللسان لكن جنى عليه جناية أذهب بقية كلامه مع بقـاء لسانه لكان عليه ثلاثة أرباع ديته، لأنه ذهب بثلاثة أرباع ما فيه الدية فكان عليه ثلاثة أرباع الدية كما لو جنى على صحيح فذهب ثلاثة أرباع كلامه مع بقاء لسانه.

فصل: إذا قطع بعض لسانه عمدًا فاقتص المجنى عليه من مثل ما جنى عليه فذهب من كلام الجانى مثل ما ذهب من كلام المجنى عليه أو أكثر فقد استوفى حقه ولا شىء فى الزائد من سراية القـود وهى غير مضـمونة، وإن ذهب أقل فالمـقتص دية ما بقى، لأنه لم يسـتوف بدله.

فصل: إذا كان للسانه طرفان فقطع أحدهما فذهب كلامه ففيه الدية، لأن ذهاب الكلام بمفرده يوجب الدية، وإن ذهب بعض الكلام نظرت فإن كان الطرفان مـتساويين وكان ما قطعه بقدر ما ذهب من الكلام وجب، فـإن كان أحدهما أكثر وجب الأكثـر على ما مضى، وإن لم يذهب من الكلام شىء وجب بقدر ما ذهب من اللسان من الدية وإن كان أحدهما منحرفًا عن

---

(٣٩) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ٣٨٤/ ١٧٦٩٨) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٩٣).

(٤٠) أخرجـه التـرمذى فى «الديات» (٤/ ح١٣٩١) وأبو داود فى «الديات» (٤/ ح٤٥٦١) والبـيهـقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٩٢) وإسناده صحيح.

(٤١) تقدم برقم (٢٦) مسألة (١٤١١).

أصبع من أصابع اليـدين والرجلين عشر من الإبل» ولأنه جنس ذو عدد تجـب فيه الدية فكان سواء من الدية كالأسنـان والأجفان وسائر الأعضـاء ودية كل أصبع مقسومـة على أناملها وفى كل أصبع ثلاث أنامل إلا الإبهام فإنها أنملتان فـفى كل أنملة من غير الإبهام ثلث عقل الإبهام ثلاثة أبعرة وثلث، وفى كل أنملة من الإبهام خـمس من الإبل نصف ديتها، وحكى عن مالك أنه قال: الإبهام أيضًا ثلاث أنامل، إحداها: باطنة، وليس هذا بصـحيح فإن الاعتبار بالظاهر، فإن قوله ﷺ: «فى كل أصبع عشر من الإبل» يقـتضى وجوب العشر فى الظاهر، لأنها هى

سمت اللسان فهو خلقة زائدة وفيه حكومة، وإن قطع جميع اللسان وجبت الدية من غير زيادة سواء كان الطرفان متساويين أو مختلفين وقال القاضى: إن كانا متساويين ففيهما الدية وإن كان أحدهما منحرفًا عن سمت اللسان وجبت الدية وحكومة فى الخلقة الزائدة.

ولنا: أن هذه الزيادة عـيب ونقص يرد بها المـبيع ويـنقص من ثمنه فلم يجب فيـه شىء كالسلعة فى اليد وربما عاد القولان إلى شىء واحد، لأن الحكومة لا يخرج بها شىء إذا كانت الزيادة عيبًا.

50- مـسـألة: (وإن قطع لسانه فـذهب نطقه وذوقه لم يجب إلا دية وإن ذهبـا مع بقاء اللسان وجبت ديتان).

إذا جنى على لسان ناطق فأذهب كلامـه وذوقه ففيه ديتان، وإن قطع لسانه فـذهبا معًا لم يجب إلا دية واحدة، لأنهما يذهبان تبعًا لذهابه فوجبت ديته دون ديتهما كما لو قتل إنسانًا لم يجب إلا دية واحدة ولو ذهبت منافعه مع بقائه ففى كل منفعة دية.

فـصل: فإن جنى على لسانه فذهب كلامه أو ذوقه ثم عاد لم تجب الدية، لأننا تبينا أنه لم يذهب ولو ذهب لم يعـد، وإن كان قد قـبض الدية ردها، وإن قطع لسانه فـعاد لم تجب الدية، وإن كان قد أخذها ردها قاله أبو بكر، وظاهر مذهب الشافعى أنه لا يرد، لأن العادة لم تجر بعوده واختصاص هذا بعوده يدل على أنها هبة مجددة.

ولنا: أنه عاد ما وجبت فيه الدية فوجب رد الدية كالأسنان وسائر ما يعود وإن قطع إنسان نصف لسانه فـذهب كلامه كله ثم قطع آخر بقـيته فعاد كـلامه لم يجب رد الدية، لأن الكلام الذى كان باللسان قد ذهب ولم يعد إلى اللسان، وإنمـا عاد فى محل آخر بخلاف التى قبلها، وإن قطع لسانه فذهب كلامه ثم عـاد اللسان دون الكلام لم يرد الدية، لأنه قد ذهب ما تجب الدية فيه بانفراده، وإن عاد كلامه دون لسانه لم يردها أيضًا لذلك.

51- مـسـألة: (وإن كسر صلبـه فذهب مشيـه ونكاحه ففيه ديتـان لأجل ذهاب المشى والجماع).

وعن أحمد فيهما دية واحدة، لأنهما نفع عضو واحد فلم يجب فيهما أكثر من دية واحدة كما لو قطع لسانه فذهب نطقه وذوقه.

الأصبع التى يقع عليها الاسم دون ما بطن منها كما أن السن التى يتعلق بها وجوب ديتها هى الظاهرة من لحم اللثة دون سنخها، والحكم فى أصابع اليدين والرجلين سواء لعموم الخبر فيهما وحصول الاتفاق عليهما.

فصل: وفى الأصبع الزائدة حكومة، وبذلك قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى، وعن زيد بن ثابت أن فيها ثلث دية الأصبع(٤٢)، وذكر القاضى: أنه قياس المذهب على رواية إيجاب الثلث فى اليد الشلاء والأول أصح، لأن للتقدير لا يصار إليه بالتوقيف أو بمماثلته لما فيه توقيف وليس ذلك هنا، لأن اليد الشلاء يحصل بها الجمال والأصبع الزائدة لا جمال فيها فى الغالب، ولأن جمال اليد الشلاء لا يكاد يختلف والأصبع الزائد تختلف باختلاف محالها وصفتها وحسنها وقبحها فكيف يصح قياسها على اليد؟.

52- مسألة: (وإن اختلفا فى نقص سمعه وبصره فالقول قول المجنى عليه مع يمينه).
لأن ذلك لا يعرف إلا من جهته فيحلفه الحاكم ويوجب حكومة.

فصل: فإن ادعى أن إحدى عينيه نقص ضوؤها عصبت المريضة وأطلقت الصحيحة ونصب له شخص وتباعد عنه فكلما قال: قد رأيته ووصف لونه علم صدقه حتى ينتهى، فإذا انتهت رؤيته علم موضعها ثم تشد الصحيحة وتطلق المريضة وينصب له شخص ثم يذهب حتى تنتهى رؤيته ثم يدار الشخص إلى جانب آخر فيصنع به مثل ذلك ثم يعلم عند المسافتين وتذرعان ويقابل بينهما، فإن كانا سواء فقد صدق وينظر كم بين مسافة رؤية العليلة والصحيحة؟ ويحكم له من الدية بقدر ما بينهما، وإن اختلفت المسافتان فقد كذب وعلم أن قصر مسافة المريضة لكثير الواجب له فيردد حتى تستوى المسافة بين الجانبين والأصل فى هذا ما روى عن على ﷺ قال ابن المنذر أحسن ما قيل فى ذلك ما قاله على أمر بعينه فعصبت وأعطى رجلاً بيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره ثم أمر فخط عند ذلك ثم أمر بعينه الأخرى فعصبت وفتحت الصحيحة أعطى رجلاً بيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره ثم خط عند ذلك ثم حول إلى مكان آخر ففعل مثل ذلك فوجدوه سواء فأعطاه بقدر ما نقص من بصره من مال الآخر قال القاضى: وإذا زعم أهل الطب أن بصره يقل إذا بعدت المسافة ويكثر إذا قربت وأمكن هذا فى المذارعة عمل عليه، وبيانه أنهم إذا قالوا: إن الرجل إذا كان يبصر إلى مائة ذراع ثم أراد أن يبصر إلى مائتى ذراع احتاج للمائة الثانية إلى ضعفى ما يحتاج إليه للمائة الأولى من البصر فعلى هذا إذا أبصر بالصحيحة إلى مائتين وأبصر بالعليلة إلى مائة علمنا أنه قد نقص ثلثا بصر عينه فيجب له ثلثا ديتها قال شيخنا: وهذا لا يكاد ينضبط فى الغالب وكل ما لا ينضبط فيه حكومة، وإن جنى على عينيه فندرتا أو أحولتا أو عمشتا ففى ذلك حكومة كما لو ضرب يده فاعوجت والجناية على الصبى والمجنون كالجناية على البالغ

---

(٤٢) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ٧٧١٩).

١٤٩٩- **مسألة:** قال: (وفى البطن إذا ضرب فلم يستمسك الغائط الدية وفى المثانة إذا لم يستمسك البول الدية).

وبهذا قال ابن جريج وأبو ثور وأبو حنيفة ولم أعلم فيه مخالفًا إلا أن ابن أبى موسى ذكر فى المثانة رواية أخرى فيها ثلث الدية والصحيح الأول، لأن كل واحد من هذين المحلين عضو فيه منفعة كبيرة ليس فى البدن مثله فوجب فى تفويت منفعته دية كاملة كسائر الأعضاء المذكورة فإن نفع المثانة حبس البول وحبس البطن الغائط منفعة مثلها والنفع بهما كثير والضرر بفواتهما عظيم فكان فى كل واحدة منهما الدية كالسمع والبصر، وإن فاتت المنفعتان بجناية واحدة وجب على الجانى ديتان، كما لو ذهب سمعه وبصره بجناية واحدة.

١٥٠٠- **مسألة:** قال: (وفى ذهاب العقل الدية).

لا نعلم فى هذا خلافًا، وقد روى عن عمر وزيد ﵄ (٤٣)، وإليه ذهب من بلغنا قوله من الفقهاء وفى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم: «وفى العقل الدية» (٤٤) ولأنه أكبر المعانى

والعاقل لكن يفترقان فى أن البالغ العاقل خصم لنفسه والخصم للصبى والمجنون وليهما فإذا توجهت اليمين عليهما لم يحلفا ولم يحلف الولى عنهما فإن بلغ الصبى وأفاق المجنون حلفا حينئذ ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كمذهبنا.

فصل: فإن ادعى المجنى عليه نقصًا فى سمع أحد أذنيه سددنا العليلة وأطلقنا الصحيحة وأقمنا من يصيح يحدثه وهو متباعد إلى جنب يقول: إنى لا أسمع فإذا قال ذلك غير عليه الصوت والكلام فإن بان أنه يسمع وإلا فقد كذب فإذا انتهى إلى آخر سماعه قدرت المسافة وسدت الصحيحة وأطلقت المريضة وحدثه وهو يتباعد حتى يقول: إنى لا أسمع فإذا قال ذلك غير عليه الكلام فإن تغيرت صفته لم يقبل قوله، وإن لم تتغير صفته حلف وقبل قوله وتمسح المسافتان وينظر ما تنقص العليلة فيجب بقدره، فإن قال: إنى أسمع العالى ولا أسمع الخفى فهذا لا يمكن تقديره فيجب فيه حكومة.

فصل: فإن قال أهل الخبرة إنه يرجى عود سمعه إلى مدة انتظر إليها وإن لم يكن لذلك غاية لم ينتظر.

53- **مسألة:** وإن اختلفا فى ذهاب بصره أرى أهل الخبرة فيرجع فى ذلك إلى قول

---

(٤٣) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٨٦) وابن أبى شيبة فى «الديات» باب «فى العقل» (٦/ ٣٤٨/١) عن زيد، وعبد الرزاق فى «المصنف» (١٠/ ١١، ١٢) وقال ابن حجر فى التلخيص (٤/ ٣٤): ضعيف.

قلت: ولكن حديث عمر أنه قضى بأربع ديات لرجل ذهب سمعه وبصره ونكاحه وعقله وإسناده حسن، وقد تقدم.

(٤٤) تقدم برقم (١) فى كتاب «الديات».

قدرًا وأعظم الحواس نفعًا فإن به يتميز من البهيمة ويعرف به حقائق المعلومات ويهتدى إلى مصالحه ويتقى ما يضره ويدخل به فى التكليف وهو شرط فى ثبوت الولايات وصحة التصرفات وأداء العبادات، فكان بإيجاب الدية أحق من بقية الحواس فإن نقص عقله نقصًا معلومًا مثل أن صار يجن يومًا ويفيق يومًا فعليه من الدية بقدر ذلك، لأن ما وجبت فيه الدية وجب بعضها فى بعضه بقدره كالأصابع، وإن لم يعلم مثل أن صار مدهوشًا أو يفزع مما لا يفزع منه ويستوحش إذا خلا فهذا لا يمكن تقديره فتجب فيه حكومة.

مسلمين عدلين منهم، لأن لهما طريقًا إلى معرفة ذلك لمشاهدتهما العين التى هى محل البصر بخلاف السمع فإن لم يوجد أهل الخبرة أو تعذر معرفة ذلك اعتبر بأن يوقف فى عين الشمس ويقرب الشىء إلى عينه فى أوقات غفلته، فإن طرف عينه وخاف من الذى يخوف به فهو كاذب وإلا حكم له، وإذا علم ذهاب بصره وقال أهل الخبرة: لا يرجى عوده وجبت الدية، وإن قالوا: يرجى عوده إلى مدة عينوها انتظر إليها ولم يعط الدية حتى تنقضى المدة، فإن لم يعد استقرت على الجانى الدية، فإن مات المجنى عليه قبل العود استقرت الدية سواء مات فى المدة أو بعدها، فإن جاء أجنبى فقلع عينه فى المدة استقرت على الأول الدية أو القصاص، لأنه أذهب البصر فلم يعدو علي الثانى حكومة، لأنه أذهب عينًا لا ضوء لها يرجى عود ضوئها، وإن قال الأول: عاد ضوؤها وأنكر الثانى فالقول قول المنكر، لأن الأصل معه، وإن صدق المجنى عليه الأول سقط حقه عنه ولم يقبل قوله على الثانى فأما إن قال أهل الخبرة: يرجى عوده ولكن لا يعرف له مدة وجبت الدية أو القصاص، لأن انتظار ذلك إلى غير غاية يفضى إلى إسقاط موجب الجناية والظاهر فى البصر عدم العود والأصل يؤيده فإن عاد قبل استيفاء الواجب سقط، وإن عاد بعد الاستيفاء وجب رد ما أخذ منه، لأننا تبينا أنه لم يكن واجبًا.

54- **مسألة: (وإن اختلفا فى ذهاب سمعه فإنه يتغفل ويصاح به وينتظر اضطرابه ويتأمل عند صوت الرعد والأصوات المزعجة، فإن ظهر منه انزعاج أو التفات أو ما يدل على السمع فالقول قول الجانى مع يمينه)**.

لأن ظهور الأمارات يدل على أنه سميع فغلبت جنبة المدعى وحلف، لجواز أن يكون ما ظهر منه اتفاقًا، وإن لم يوجد شىء من ذلك فالقول قول المجنى عليه مع يمينه، لأن الظاهر عدم السمع وحلف لجواز أن يكون احترز وتصبر، وإن ادعى ذلك فى إحداهما سدت الأخرى وتغفل على ما ذكرنا.

55- **مسألة: (وإن ادعى ذهاب شمه جربناه بالروائح الطيبة والمنتنة، فإن هش للطيب وتنكر للمنتن فالقول قول الجانى مع يمينه، وإن لم يبن منه ذلك فالقول قول المجنى عليه)**.

لقولنا فى اختلافهم فى السمع والبصر، وإن ادعى المجنى عليه نقص شمه فالقول قوله

فصل: فإن أذهب عقله بجناية لا توجب أرشًا كاللطمة والتخوف ونحو ذلك ففيه الدية لا غير، وإن أذهبه بجناية توجب أرشًا كالجراح أو قطع عضو وجبت الدية وأرش الجرح، وبهذا قال مالك والشافعى فى الجديد، وقال أبو حنيفة والشافعى فى القديم يدخل الأقل منهما فى الأكثر فإن كانت الدية أكثر من أرش الجرح وجبت وحدها، وإن كان أرش الجرح أكثر كأن قطع يديه ورجليه فذهب عقله وجبت دية الجرح ودخلت دية العقل فيه، لأن ذهاب العقل تختل معه منافع الأعضاء فدخل أرشها فيه كالموت.

ولنا: أن هذه جناية أذهبت منفعة من غير محلها مع بقاء النفس فلم يتداخل الأرشان كما لو أوضحه فذهب بصره أو سمعه، ولأنه لو جنى على أذنه أو أنفه فذهب سمعه أو شمه لم يدخل أرشهما فى دية الأنف والأذن مع قربهما منهما فههنا أولى وما ذكروه لا يصح، لأنه لو دخل أرش الجرح فى دية العقل لم يجب أرشه إذا زاد على دية العقل كما أن دية الأعضاء كلها مع القتل لا يجب بها أكثر من دية النفس ولا يصح قولهم: إن منافع الأعضاء تبطل بذهاب العقل فإن المجنون تضمن منافعه وأعضاؤه بعد ذهاب عقله بما تضمن به منافع الصحيح وأعضاؤه، ولو ذهبت منافعه وأعضاؤه لم تضمن كما لا تضمن منافع الميت وأعضاؤه، وإذا جاز أن تضمن بالجناية عليها بعد الجناية عليه جاز ضمانها مع الجناية عليه كما لو جنى عليه فأذهب سمعه وبصره بجراحه فى غير محلها.

مع يمينه، لأنه لا يتوصل إلى معرفة ذلك إلا من جهته فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة فى انقضاء عدتها بالأقراء ويجب له من الدية ما تخرجه الحكومة، وإن ذهب شمه ثم عاد قبل أخذ الدية سقطت، وإن كان بعد أخذها ردها، لأننا تبينا أنه لم يكن ذهب وإن رجى عود شمه إلى مدة أنظر إليها، وإن ذهب شمه من أحد منخريه ففيه نصف الدية كما لو ذهب بصره من إحدى عينيه.

56- **مسألة:** (وإن اختلفا فى ذهاب ذوقه أطعم الأشياء المرة فإن عبس للطعم المر سقطت دعواه).

لظهور ما يدل على خلاف ما ادعاه والا فالقول قوله مع يمينه، لأنه لا يعلم إلا من جهته فقبل قوله فيه كالمسألة التى قبلها.

فصل: ولا تجب دية الجرح حتى يندمل، لأنه لا يدرى أقتل هو أم ليس بقتل فينبغى أن ينتظر حكمه وما الواجب فيه، ولهذا لا يجوز الاستيفاء فى العمد قبل الاندمال فكذلك لا يجوز أخذ الدية قبله فنقول أحد موجبى الجناية فلا يجوز الاندمال كالآخر.

57- **مسألة:** (ولا تجب دية سن ولا ظفر ولا منفعة حتى ييئس من عدوها).

لأن ذلك مما يعود فلا يجب شىء مع احتمال العود كالشعر وإنما يعرف ذلك بقول عدلين من أهل الخبرة أنها لا تعود أبدًا.

فصل: فإن جنى عليه فأذهب عقله وسمعه وبصره وكلامه وجب أربع ديات مع أرش الجرح قال أبو قلابة: رمى رجل رجلاً بحجر فذهب عقله وبصره وسمعه ولسانه فقضى فيه عمر بأربع ديات وهو حي(٤٥)، ولأنه أذهب منافع في كل واحد منها دية فوجب عليه دياتها كما لو أذهبها بجنايات فإن مات من الجناية لم يجب إلا دية واحدة، لأن ديات المنافع كلها تدخل في دية النفس كديات الأعضاء.

١٥٠١- **مسألة:** قال: (**وفي الصعر الدية والصعر أن يضربه فيصير وجهه في جانب**).

أصل الصعر داء يأخذ البعير في عنقه فيلتوي عنقه وقول الله تعالى: ﴿**وَلَا تُصَعِّرْ خَدَّكَ لِلنَّاسِ**﴾ (لقمان: ١٨) أي لا تعرض عنهم بوجهك تكبرًا كإمالة وجه البعير الذي به الصعر فمن جنى على إنسان جناية فعوج عنقه حتى صار وجهه في جانب فعليه دية كاملة، روى ذلك عن زيد بن ثابت(٤٦)، وقال الشافعي: ليس فيه إلا حكومة، لأنه إذهاب جمال من غير منفعة.

58- **مسألة:** (**فلو قطع سن كبير أو ظفر ثم نبت أو رده فالتحم لم تجب الدية**).

نص أحمد في السنن على ذلك في رواية جعفر بن محمد وهو قول أبي بكر والظفر في معناها وقال القاضي: تجب ديتها وهو مذهب الشافعي وقد ذكرنا توجيههما فيما إذا قطع أنفه فرده فالتحم فعلى قول أبي بكر يجب عليه حكومة لنقصها إن نقصت وضعفها إن ضعفت، وإن قلعها قالع بعد ذلك وجبت ديتها، لأنها ذات جمال ومنفعة فوجبت ديتها كما لو لم تنقلع، وعلى قول القاضي ينبني حكمها على وجوب قلعها، فإن قلنا: يجب فلا شيء على قالعها، لأنه قد أحسن بقلع ما يجب قلعه، وإن قلنا: لا يجب قلعها احتمل أن تؤخذ ديتها لما ذكرنا واحتمل أن لا تؤخذ ديتها لأنه قد وجبت له ديتها مرة فلا تجب ثانية ولكن فيها حكومة، فأما إن جعل مكانها سنًا أخرى أو سن حيوان أو عظمًا فثبتت وجبت ديتها وجهًا واحدًا، لأن سنه ذهبت بالكلية فوجبت ديتها كما لو لم يجعل مكانها شيئًا، وإن قلعت هذه الثانية لم تجب ديتها، لأنها ليست سنًا له ولا هي من بدن ولكن يجب فيها حكومة، لأنها جناية أزالت جماله ومنفعته فأشبه ما لو خاط جرحه بخيط فالتحم فقامه إنسان فانفتح الجرح وزال التحامه، ويحتمل أو لا يجب شيء، لأنه أزال ما ليس من بدنه فأشبه ما لو قلع أنف الذهب الذي جعله المجدوع مكان أنفه، والأول أولى، لأن هذا كان قد التحم بخلاف أنف الذهب فإنه يمكن إعادته كما كان، وهذا إذا أعاده قد لا يلتحم.

59- **مسألة:** (**وإن ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه أو عقله ثم عاد سقطت ديته**).

---

(٤٥) تقدم برقم (16) مسألة (١٤٨٦).

(٤٦) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٩/ ١٧٥٦٥) وابن أبي شيبة في «المصنف» (٦/ ١/ ٢٩٤) من كتاب «الديات» باب «إذا أصابه صعر ما فيه» من طريق الحجاج عن مكحول عن زيد وإسناده ضعيف، الحجاج مدلس وقد عنعنه ومكحول لم يدرك زيد.

ولنا: ما روى مكحول عن زيد بن ثابت أنه قال: وفى الصعر الدية ولم يعرف له فى الصحابة مخالف فكان إجماعًا، ولأنه أذهب الجمال والمنفعة فوجبت فهى دية كاملة كسائر المنافع، وقولهم: لم يذهب بمنفعته غير صحيح فإنه لا يقدر على النظر أمامه واتقاء ما يحذره إذا مشى، وإذا نابه أمر أو دهمه عدو لم يمكنه العلم به ولا اتقاؤه ولا يمكنه لىّ عنقه ليعرف ما يريد نظره ويتعرف ما ينفعه ويضره.

فصل: فإن جنى عليه فصار الالتفات عليه شاقًا أو ابتلاع الماء أو غيره ففيه حكومة لأنه لم يذهب بالمنفعة كلها ولا يمكن تقديرها وإن صار بحيث لا يمكنه ازدراد ريقه فهذا لا يكاد يبقى فإن بقى مع ذلك ففيه الدية، لأنه تفويت منفعة ليس لها مثل فى البدن.

١٥٠٢- مسألة: قال: **(وفى اليد الشلاء ثلث ديتها وكذلك العين القائمة والسن السوداء).**

اليد الشلاء التى ذهب منها منفعة البطش والعين القائمة التى ذهب بصرها وصورتها باقية كصورة الصحيحة واختلفت الرواية عن أحمد وفيهما، وفى السن السوداء فعنه فى كل واحدة

لزوال سببها، وإن كان قد أخذها ردها، لأنا تبينا أنه أخذها بغير حق.

60- مسألة: (وإن عاد ناقصًا أو عادت السن أو الظفر قصيرًا أو متغيرًا فله أرش نقصه).

لأنه نقص حصل بجنايته أشبه ما لو نقصه مع بقائه.

61- مسألة: (وإن قلع سنًا صغيرًا ويئس من عودها وجبت ديتها).

لأنه أذهبها بجنايته اذهابًا مستمرًا فوجبت ديتها كسن الكبير وقال القاضى: فيها حكومة لأن العادة عودها فلم تكمل ديتها كالشعر، والصحيح الأول، لأن الشعر لو لم يعد وجبت ديته مع أن العادة عوده.

62- مسألة: (وعنه فى الظفر إذا نبت على صفته خمسة دنانير، وإن نبت متغيراً عشرة).

والتقديرات بابها التوقيف ولا نعلم فيه توقيفًا، والقياس أنه لا شىء فيه إذا عاد على صفته، وإن نبت متغيرًا ففيه حكومة.

63- مسألة: (وإن مات المجنى عليه فادعى الجانى عود ما أذهبه فأنكر الولى فالقول قوله).

لأن الأصل عدم العود، وإن جنى على سنه اثنان فاختلفا فالقول قول المجنى عليه فى قدر ما أتلف كل واحد منهما، لأن ذلك لا يعرف إلا من جهته أشبه ما لو ادعى نقص سمعه وبصره.

فصل: قال ﷺ: **(وفى كل واحد من الشعور الأربعة الدية، وهى شعر الرأس واللحية والحاجبين وأهداب العينين).**

ثلث ديتها وروى هذا عن ابن الخطاب ومجاهد وبه قال إسحاق، وعن زيد بن ثابت فى العين القائمة مائة دينار[٤٧]، والرواية الثالثة عن أحمد فى كل واحدة حكومة وهذا قول مسروق والزهرى ومالك والشافعى وأبى ثور والنعمان وابن المنذر، لأنه لا يمكن إيجاب دية كاملة لكونها قد ذهبت منفعتها ولا مقدر فيها فتجب الحكومة فيها كاليد الزائدة.

ولنا: ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قضى رسول الله ﷺ فى العين القائمة السادة لمكانها بثلث الدية، وفى اليد الشلاء إذا قطعت ثلث ديتها، وفى السن السوداء إذا قلعت ثلث ديتها[٤٨]، رواه النسائى وأخرجه أبو داود في العين وحدها مختصراً وقول عمر رضي الله عنه رواه قتادة عن خلاس عن عبد الله بن بريدة عن يحيى بن يعمر عن ابن عباس «أن عمر

وبهذا قال أبو حنيفة والثورى وممن أوجب فى الحاجبين الدية سعيد بن المسيب وشريح والحسن وقتادة وروى عن على وزيد بن ثابت رضي الله عنهما أنهما قالا: فى الشعر الدية وقال مالك والشافعى: فيه حكومة واختاره ابن المنذر، لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه الدية كاليد الشلاء والعين القائمة.

ولنا: أنه أذهب الكمال على الجمال فوجب فيه دية كاملة كأذن الأصم وأنف الأخشم وقولهم: لا منفعة فيه ممنوع فإن الحاجب يرد العرق عن العين ويفرقه وهدب العين يرد عنها ويصونها فجرى مجرى أجفانها، وما ذكروه ينتقض بالأصل الذى قسنا عليه، واليد الشلاء ليس جمالها كاملاً.

64- مسألة: (وفى كل حاجب نصفها وفى كل هدب ربعها).

وجملة ذلك: فى إحدى الحاجبين نصف الدية، لأن كل شيئين فيهما الدية فى أحدهما نصفها كاليدين، وفى كل هدب ربعها، لأن الدية إذا وجبت فى أربعة أشياء وجب فى كل واحد ربعها كالأجفان.

65- مسألة: (وفى بعض ذلك بقسطه من الدية يقدر بالمساحة كالأذنين ومارن الأنف ولا فرق فى هذه الشعور بين كونها كثيفة أو خفيفة جميلة أو قبيحة أو كونها من صغير أو كبير).

لأن سائر ما فيه الدية من الأعضاء لا تفترق الحال فيه ذلك.

---

(٤٧) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٩٨) وقال: قال مالك: ليس على هذا العمل إنما فيها الاجتهاد ولا شيء موقت، وأخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ١٧٤٤٣) وابن أبى شيبة فى «المصنف» كتاب «الديات» باب «فى العين القائمة تنخس» (٦/ ١/ ٣١٣) وإسناده صحيح.

(٤٨) أخرجه أبو داود (٤/ ٤٩٦٧) والنسائى (٨/ ٤٨٥٥) من طريق العلاء بن الحارث عن عمرو بن شعيب به وإسناده حسن إذا كان العلاء حدث به قبل الاختلاط فإنه صدوق فقيه، وقد اختلط كما قال الحافظ فى التقريب.

ابن الخطاب رضي الله عنه قضى فى العين القائمة إذا خسفت واليد الشلاء إذا قطعت والسن السوداء إذا كسرت ثلث دية كل واحدة منهن(٤٩)، ولأنها كاملة الصورة فكان فيها مقدر كالصحيحة، وقولهم: لا يمكن إيجاب مقدر ممنوع فإنا قد ذكرنا التقدير وبيناه.

فصل: قال القاضى: قول أحمد رحمه الله: فى السن السوداء ثلث ديتها محمول على سن ذهبت منفعتها بحيث لا يمكنه أن يعض بها الأشياء أو كانت تفتت، فأما إن كانت منفعتها باقية ولم يذهب منها إلا لونها ففيها كمال ديتها، سواء قلت منفعتها بأن عجز عن عض الأشياء الصلبة بها أو لم يعجز لأنها باقية المنفعة فكملت ديتها كسائر الأعضاء وليس على من سودها إلا حكومة وهذا مذهب الشافعى والصحيح من مذهب أحمد ما يوافق ظاهر كلامه لظاهر الأخبار وقضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقول أكثر أهل العلم، ولأنه ذهب جمالها بتسويدها فكملت ديتها على من سودها كما لو سود وجهه ولم يجب على متلفها أكثر من ثلث ديتها كاليد الشلاّء وكالسن إذا كانت بيضاء فانقلعت ونبت مكانها سوداء لمرض فيها، فإن القاضى وأصحاب الشافعى سلموا أنها لا تكمل ديتها.

66- **مسألة:** (وإنما تجب ديته إذا أزاله على وجه لا يعود).

مثل أن يقلب على رأسه ما حارّاً فيتلف منبت الشعر فينقطع بالكلية بحيث لا يعود وإن رجى عوده إلى مدة انتظر إليها.

67- **مسألة:** (فإن عاد سقطت الدية).

إذا عاد قبل أخذ الدية لم تجب، فإن عاد بعد أخذها ردها والحكم فيه كالحكم فى ذهاب السمع والبصر فيما يرجى عوده وما لا يرجى.

68- **مسألة:** (وإن بقى من لحيته ما لا جمال فيه أو من غيره من الشعور ففيه وجهان).

أحدهما: يؤخذ بالقسط، لأنه محل يجب فيه بعضه بحصته فأشبه الأذن ومارن الأنف **والثانى:** تجب الدية كاملة، لأنه أذهب المقصود كله فأشبه ما لو أذهب ضوء العينين، ولأن جنايته أحوجت إلى إذهاب الباقى لزيادته فى القبح على ذهاب الكل فتكون جنايته سببًا لذهاب الكل فأوجبت ديته كما لو ذهب بسراية الفعل أو كما لو احتاج فى دواء شجة الرأس إلى ما اذهب ضوء عينه.

69- **مسألة:** (ولا قصاص فى شىء من هذه الشعور).

لأن إتلافها إنما يكون بالجناية على محلها وهو غير معلوم المقدار ولا تمكن المساواة فيه فلا يجب القصاص فيه.

---

(٤٩) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٩٨) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ٣٣٤) وابن أبى شيبة فى «المصنف» من كتاب «الديات» باب «فى العين القائمة تنخس» (٦/ ٧/ ٣١٣) وعزاه الألبانى فى «الإرواء» (٢٢٩٤) لابن أبى عاصم أيضًا (٥٨) وقال: إسناده صحيح.

فصل: فإن نبتت أسنان صبى سوداء ثم ثغر ثم عادت سوداء فديتها تامة، لأن هذا جنس خلق على هذه الصورة فأشبه من خلق أسود الجسم والوجه جميعًا، وإن نبتت أولاً بيضاء ثم ثغر ثم عادت سوداء سئل أهل الخبرة، فإن قالوا: ليس السواد لعلة ولا مرض ففيها أيضًا كمال ديتها، وإن قالوا ذلك لمرض فيها فعلى قالعها ثلث ديتها أو حكومة، وقد سلم القاضى وأصحاب الشافعى الحكم فى هذه الصورة وهو حجة عليهم فيما خالفوا فيه، ويحتمل أن يكون الحكم فيما كانت سوداء من ابتداء الخلقة هكذا، لأن المرض قد يكون فى فيه من ابتداء خلقته فيثبت حكمه فى بعض ديتها كما لو كان طارئًا.

فصل: وفى لسان الأخرس روايتان أيضًا كالروايتين فى اليد الشلاء وكذلك كل عضو ذهبت منفعته وبقيت صورته كالرجل الشلاء والأصبع والذكر إذا كان أشلاً وذكر الخصى والعنين إذا قلنا: لا تكمل ديتهما وأشباه هذا فكله يخرج على الروايتين: **إحداهما:** فيه ثلث ديته والأخرى حكومة.

فصل: فأما اليد أو الرجل أو الأصبع أو السن الزوائد ونحو ذلك فليس فيه إلا حكومة، وقال القاضى: هذا فى معنى اليد الشلاء فتكون على قياسها يخرج على الروايتين والذى ذكرناه أصح، لأنه لا تقدير فى هذا ولا هو فى معنى المقدر ولا يصح قياس هذا على العضو الذى ذهبت منفعته وبقى جماله، لأن هذه الزوائد لا جمال فيها إنما هى شين فى الخلقة وعيب يرد

70- مسألة: (وإن قلع الجفن بهدبه لم يجب إلا دية الجفن) .

لأن الشعور تزول تبعًا لزوال الأجفان فلم يجب فيه شىء كالأصابع إذا قطع الكف وهى عليه.

71- مسألة: (وإن قلع اللحيين بما عليهما من الأسنان وجبت ديتها ودية الأسنان) .

ولم تدخل دية الأسنان فى اللحيين كما تدخل الأصابع فى اليد لوجوه **أحدها:** أن الأسنان ليست متصلة باللحيين إنما على مغرزة فيها بخلاف الأصابع **الثانى:** أن أحدهما ينفرد باسمه عن الآخر بخلاف الأصابع مع الكف، فإن اسم اليد يشملها **الثالث:** أن اللحيين يوجدان منفردين عن الأسنان فإنهما يوجدان قبل وجود الأسنان ويبقيان بعد قلعهما بخلاف الكف مع الأصابع.

72- مسألة: (وإن قطع كفًا بأصابعه لم يجب إلا دية الأصابع) .

لدخول الجميع فى مسمى اليد وكما لو قطع ذكرًا بحشفته لم يجب إلا دية الحشفة لدخولها فى مسمى الذكر.

73- مسألة: (وإن قطع كفًا عليه بعض الأصابع دخل ما حاذى الأصابع فى ديتها وعليه أرش باقى الكف) .

لأن الأصابع لو كانت سالمة كلها لدخل أرش الكف كله فى دية الأصابع فكذلك ما

به المبيع وتنقص به القيمة فكيف يصح قياسه على ما يحصل به الجمال؟ ثم لو حصل به جمال ما لكنه يخالف جمال العضو الذى يحصل به تمام الخلقة ويختلف فى نفسه اختلافًا كثيرًا فوجبت فيه الحكومة ويحتمل أن لا يجب فيه شيء لما ذكرنا.

فصل: واختلفت الرواية فى قطع الذكر بعد حشفته وقطع الكف بعد أصابعه فروى أبو طالب عن أحمد فيه ثلث ديته، وكذلك شحمة الأذن وعن أحمد فى ذلك كله حكومة والصحيح فى هذا أن فيه حكومة لعدم التقدير فيه وامتناع قياسه على ما فيه تقدير، لأن الأشل بقيت صورته وهذا لم تبق صورته إنما بقى بعض ما فيه الدية أو أصل ما فيه الدية، فأما قطع الذراع بعد قطع الكف والساق بعد قطع القدم فينبغى أن تجب الحكومة فيه وجهًا واحدًا، لأن إيجاب ثلث دية اليد فيه يفضى إلى أن يكون الواجب فيه مع بقاء الكف والقدم وذهابهما واحدًا مع تفاوتهما وعدم النص فيهما، والله أعلم.

١٥٠٣ - مسألة: قال: **(وفى إسكتى المرأة الدية)**.

الإسكتان: هما اللحم المحيط بالفرج من جانبيه إحاطة الشفتين بالفم، وأهل اللغة يقولون: الشفران حاشيتا الإسكتين كما أن أشفار العين أهدابها وفيهما دية المرأة إذا قطعا، وبهذا قال الشافعى، وقال الثورى إذا لم يقدر على جماعها، وقضى به محمد بن سفيان إذا بلغ العظم لأن فيهما جمالاً ومنفعة وليس فى البدن غيرهما من جنسها فوجبت فيهما الدية

حاذى الأصابع السالمة يدخل فى ديتها، وما حاذى المقطوعات ليس له ما يدخل فى ديته فوجب أرشه كما لو كانت الأصابع كلها مقطوعة.

مسألة: (وإن قطع أنملة بظفرها فليس عليه إلا ديتها) كما لو قطع كفًا بأصابعها أو قطع جفنًا بهدبه.

فصل: (وفى عين الأعور دية كاملة نص عليه) وبذلك قال الزهرى ومالك والليث وقتادة وإسحاق وقال مسروق وعبد الله بن مغفل والنخعى والثورى وأبو حنيفة والشافعى فيها نصف الدية لقوله ﷺ «وفى العين خمسون من الإبل» وقوله ﷺ: «وفى العينين الدية» يقتضى أن لا يجب فيها أكثر من ذلك سواء قلعهما واحد أو اثنان فى وقت واحد أو فى وقتين وقالع الثانية قالع عين أعور فلو وجب عليه دية لوجب فيهما دية ونصف، ولأن ما يضمن بنصف الدية مع نظيره يضمن به مع ذهابه كالأذن، ويحتمل هذا كلام الخرقى بقوله وفى العين الواحدة نصف الدية ولم يفرق.

ولنا: أن عمر وعثمان وعليًا وابن عمر قضوا فى عين الأعور بالدية ولا نعلم لهم فى الصحابة مخالفًا فيكون إجماعًا ولأن قلع عين الأعور يتضمن إذهاب البصر كله فوجبت الدية كما لو أذهبه من العينين، ودليل ذلك أنه يحصل بها ما يحصل بالعينين فإنه يرى الأشياء البعيدة ويدرك الأشياء اللطيفة ويعمل أعمال البصراء، ويجوز أن يكون قاضيًا ويجزئ فى

كسائر ما فـيه منه شيئان وفى إحداهمـا نصف الدية كما ذكرنا فى غيرهمـا، وإن جنى عليهما فأشلّهما وجبت ديتهـما كما لو جنى على شفتيه فأشلّهما، ولا فـرق بين كونهما غليظتين، أو دقيقتـين قصيرتين، أو طويلتين، من بكر، أو ثيب، أو صغـيرة، أو كبيرة، مخفـوضة أو غير مخفوضة لأنهما عضـوان فيهما الدية فاستوى فيهما جميع مـا ذكرنا كسائر أعضائها، ولا فرق بين الرتقاء وغيرها، لأن الرتق عـيب فى غيرهما فلم ينقص ديتهمـا كما أن الصمم لم ينقص دية الأذنين، والخفض هو الختان فى حق المرأة.

فصل: وفى رَكَب المرأة حكومة، وهو عانة المرأة وكذلك فى عانة الرجل لأنه لا مقدر فيه ولا هو نظير لمـا قَدر فيه، فإن أخذ منه شىء مع فرج المرأة أو ذكر الرجـل ففيه الحكومة مع الدية كما لو أخذ مع الأنف والشفتين شىء من اللحم الذى حولهما.

الكفارة وفى الأضحـية إذا لم تكن العين مخسـوفة فوجب فى بصره دية كـاملة كذى العينين، فإن قيل: فعلى هذا ينبغى أن يجب فى ذهاب إحدى العينين نصف الدية لأنه لم ينقص، قلنا: لأنه لا يلزم من وجوب شىء من دية العينين نقص دية الباقى بدليل ما لو جنى عليهما فأحولتا أو عمـشا أو نقص ضوؤهما فـإنه يجب أرش النقص ولا تنقص ديتهـما بذلك، ولأن النقص الحاصل لم يؤثر فى تنـقيص أحكامه ولا هو مضـبوط فى تفويت النفع فـلم يؤثر فى تنقيص الدية، قلت: ولولا ما روى عن الصـحابة لكان القول الآخر أولى لظاهر النص والـقياس على ذهاب سمع إحدى الأذنين وما ذكـر من المعانى فهو موجود فيـما إذا ذهب سمع أحد الأذنين ولم يوجب فى الباقى دية كاملة.

75- مـسـألة: (وإن قلع الأعور عين صحـيح مماثلة لعينه الصحيحة عـمدًا فلا قصاص وعليه دية كاملة).

إذا قلع الأعور عـين صحيح نظرنا فـإن قلع العين التى لا تماثل عـينه الصحيـحة أو قلع المماثلة خـطأ فليس عليه إلا نصف الدية لا نعلم فيه خـلافًا، لأن ذلك هو الأصل، وإن قلع المماثلة لعينه الصـحيحة عمدًا فلا قـصاص، وعليه دية كاملة، وبهذا قال سعـيد بن المسيب وعطاء ومـالك فى إحدى روايتـيه وقال فى الأخـرى: عليه نـصف الدية ولا قصـاص، وقال المخالفون فى المسألة الأولى: له القصاص لقوله تعالى: ﴿**وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ**﴾ وإن اختار الدية فله نصفها للخبر، ولأنه لو قلعها غيـره لم يجب فيها إلا نصف الدية فلم يجب فيه إلا نصفها كالعين الأخرى.

ولنا: أن عمر وعثمـان ﭬ قضيا بمثل مذهبنا ولا نتعرف لهم مـخالفًا فى الصحابة فكان إجماعًا، ولأننا منعنـاه من إتلاف ضوء يضمن بدية كاملة فوجبت عليه ديـة كاملة كما لو قلع عينى سليم ثم عـمى الجانى ويحتـمل أن يقلع عينه ويعطى نصف الدية، لأن ذلك يروى فـيه أثر، وقد روى عن على ﷼ فى الرجل إذا قتل امرأة يقتل بها ويعطى نصف الدية.

76- **مسألة:** (وإن قلع عيني صحيح عمدًا خير بين قلع عينه ولا شيء له غيرها وبين الدية).

إذا قلع الأعور عيني صحيح عمدًا فإن شاء قلع عينه ولا شيء له، لأن عينه فيها دية كاملة لما ذكرنا من قضاء الصحابة ﷺ فيها بالدية، ولأنه أذهب بصره كله فلم يكن له أكثر من إذهاب بصره وهو مبنى على قضاء الصحابة وأن عين الأعور تقوم مقام العينين، وأكثر أهل العلم على أن له القصاص ونصف الدية للعين الأخرى، وهو مقتضى الدليل، والله أعلم، فأما إن قلعهما خطأ فليس له إلا الدية كما لو قلعهما صحيح العينين وذكر القاضى فيما إذا قلعهما عمدًا أن قياس المذهب وجوب ديتين إحداهما فى العين التى استحق بها قلع عين الأعور والأخرى فى الأخرى، لأنها عين الأعور.

ولنا: قول النبى ﷺ: «وفى العينين الدية» ولأنه قلع عينين فلم يلزمه أكثر من الدية كما لو كان القالع صحيحًا، ولأنه لم يزد على تفويت منفعة الجنس فلم يزد على الدية كما لو قطع أذنيه وما ذكره القاضى لا يصح، لأن وجوب الدية فى إحدى عينيه لا يجعل الأخرى عين أعور على أن وجوب الدية بقلع إحدى العينين قضية مخالفة للخبر والقياس صرنا إليها لإجماع الصحابة عليها فيما عدا موضع الإجماع يجب العمل بهما والبقاء عليهما.

77- **مسألة:** (وفى يد الأقطع نصف الدية، وكذلك فى رجله وعنه فيها دية كاملة وإن اختار القصاص فله ذلك) لأنه عضو أمكن القصاص فى مثله فكان الواجب فيه القصاص أو دية مثله كما لوَ قطع أذن من له أذن واحدة.

وعن أحمد رواية أخرى أن الأولى إن كانت قطعت ظلمًا وأخذ ديتها أو قطعت قصاصًا ففيها نصف ديتها، وإن قطعت فى سبيل الله ففى الباقية دية كاملة، لأنه عطل منافعه من العضوين جملة فأشبه قلع عين الأعور والصحيح الأول، لأن هذا أحد العضوين اللذين تحصل بهما منفعة الجنس لا يقوم مقام العضوين فلم يجب فيه دية كاملة كسائر الأعضاء وكما لو كانت الأولى أخذت قصاصًا أو فى غير سبيل الله، ولا يصح القياس على عين الأعور لثلاثة وجوه:

أحدها: أن عين الأعور حصل فيها ما يحصل بالعينين ولم يختلفا فى الحقيقة والأحكام إلا اختلافًا يسيرًا بخلاف أقطع اليد والرجل، **والثانى:** أن عين الأعور لم يختلف الحكم فيها باختلاف صفة ذهاب الأولى وههنا اختلف، **الثالث:** أن هذا التقدير والتعيين على هذا الوجه أمر لا يصار إليه بمجرد الرأى ولا توقيف فيه فيصار إليه ولا نظير له فيقاس عليه فالمصير إليه تحكم بغير دليل فيجب اطراحه فأما إن قطعت أذن من قطعت أذنه أو منخر من قطع منخره لم يجب فيه أكثر من نصف الدية رواية واحدة لأن منفعة كل أذن لا تعلق بالأخرى بخلاف العينين.

١٥٠٤- مسألة: قال: **(وفى موضحة الحر خمس من الإبل سواء كان من رجل أو امرأة والموضحة فى الرأس والوجه سواء وهى التى تبرز العظم)**.

هذه من شجاج الرأس أو الوجه وليس فى الشجاج ما فيه قصاص سواها ولا يجب المقدر فى أقل منها وهى التى تصل إلى العظم، سميت موضحة لأنها أبدت وضح العظم وهو بياضه، وأجمع أهل العلم على أن أرشها مقدر، قاله ابن المنذر: وفى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم: «وفى الموضحة خمس من الإبل» وروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ أنه قال: «فى المواضع خمس خمس»(*) رواه أبو داود والنسائى والترمذى وقال: حديث حسن(٥٠)، وقول الخرقى: فى موضحة الحر يحترز به من موضحة العبد وقوله: سواء كان من رجل أو امرأة يعنى أنهما لا يختلفان فى أرش الموضحة لأنها دون

باب الشجاج وكسر العظام

الشجة اسم لجرح الرأس والوجه خاصة وهى عشر، خمس لا مقدر فيها: **أولها**: الحارصة، وهى التى تحرص الجلد أى تشقه قليلاً ولا تدميه، ثم البازلة وهى الدامية التى يخرج منها دم يسير، ثم الباضعة وهى التى تشق اللحم بعد الجلد، ثم المتلاحمة وهى التى تترك فى اللحم ثم السمحاق التى بينها وبين العظم قشرة رقيقة فهذه الخمس فيها حكومة فى ظاهر المذهب.

وجملة ذلك: أن الشجاج عشر، خمس لا توقيت فيها، أولها: الحارصة قاله الأصمعى وهى التى تشق الجلد قليلاً يعنى تقشر شيئًا يسيرًا من الجلد لا يظهر منه دم ومنه حرص القصار الثوب إذا شقه قليلاً، وقال بعضهم: هى الحرصة ثم البازلة وهى التى ينزل منها الدم أى يسيل وتسمى الدامية أيضًا والدامعة لقلة سيلان دمها تشبهًا له بخروج الدمع من العين، ثم الباضعة وهى التى تشق اللحم بعد الجلد، ثم المتلاحمة وهى التى أخذت فى اللحم يعنى دخلت فيه مدخولاً كثيرًا تزيد على الباضعة ولم تبلغ السمحاق، ثم السمحاق وهى التى تصل إلى قشرة رقيقة فوق العظم تسمى تلك القشرة سمحاقًا وسميت الجراح الواصلة إليها بها ويسميها أهل المدينة الملطا والملطاه وهى تأخذ اللحم كله حتى تخلص منه، وهذه الشجاج الخمس لا توقيت فيها فى ظاهر المذهب وهو قول أكثر الفقهاء يروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ومالك والأوزاعى وأصحاب الرأى وروى عن أحمد رواية أخرى أن فى الدامية بعيرًا، وفى الباضعة بعيرين، وفى المتلاحمة ثلاثة وفى السمحاق أربعة أبعرة، لأن ذلك يروى عن

(*) سقط من المطبوعة وأثبتناه من نسخة «هـ».

(٥٠) أخرجه أبو داود (٤/ ٤٥٦٦) والترمذى (٤/ ١٣٩٠) والنسائى (٨/ ٤٨٦٧) وابن ماجه (٢/ ٢٦٥٥) وإسناده صحيح.

ثلث الدية وهما يستويان فيما دون الثلث ويختلفان فيما زاد، وعند الشافعى أن موضحة المرأة على النصف موضحة الرجل بناءً على أن جراح المرأة على النصف من جراح الرجل فى الكثير والقليل، وسنذكر ذلك فى موضعه إن شاء الله تعالى، وعموم الحديث الذى رويناه هٰهنا حجة عليه وفهى كفاية، وأكثر أهل العلم على أن الموضحة فى الرأس والوجه سواء، روى ذلك عن أبى بكر وعمر ﷺ، وبه قال شريح ومكحول والشعبى والنخعى والزهرى وربيعة وعبيد الله بن الحسن وأبو حنيفة الشافعى وإسحاق، وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال: تضعف موضحة الوجه على موضحة الرأس فيجب فى موضحة الوجه عشر من الإبل، لأن شينها أكثر، وذكره القاضى رواية عن أحمد، وموضحة الرأس يسترها الشعر والعمامة، وقال مالك: إذا كانت فى الأنف أو فى اللحى الأسفل ففيها حكومة لأنها تبعد عن الدماغ فأشبهت موضحة سائر البدن.

زيد بن ثابت، وروى عن على ﷺ فى السمحاق مثل ذلك رواه سعيد عنهما وعن عمر وعثمان فيها[1] نصف أرش الموضحة، والصحيح الأول فإنها جراحات لم يرد فيها توقيت فى الشرع فكان الواجب فيها حكومة كجراحات البدن روى عن مكحول، قال: قضى النبى ﷺ فى الموضحة بخمس من الإبل[2] ولم يقض فيما دونها، ولأنه لم يثبت فيها مقدر له بتوقيف ولا قياس يصح فوجب الرجوع إلى الحكومة كالحارصة، وذكر القاضى أنه متى أمكن اعتبار هذه الجراحات من الموضحة مثل أن يكون فى رأس المجنى عليه موضحة إلى جانبها قدرت هذه الجراحة منها فإن كانت بقدر النصف وجب نصف أرش الموضحة، وإن كانت بقدر الثلث وجب ثلث الأرش، وعلى هذا إلا أن تزيد الحكومة على قدر ذلك فيوجب ما تخرجه الحكومة فإذا كانت الجراحة قدر نصف الموضحة وشينها ينقص قدر ثلثيها فيوجب ثلثى أرش الموضحة، وإن نقصت الحكومة أقل من النصف أوجب النصف فيوجب الأكثر مما تخرجه الحكومة أو قدرها من الموضحة، لأنه اجتمع سببان موجبان الشين وقدرها من الموضحة فوجب فيها، والدليل على إيجاب هذا المقدار أن هذا اللحم فيه مقدار فكان فى بعضه بقدره من ديته كالمارن، والحشفة، والشفة، والجفن، وهذا مذهب الشافعى قال شيخنا: وهذا لا نعلمه مذهبًا لأحمد ولا يقتضيه مذهبه ولا يصح، لأن هذه جراحة تجب فيها الحكومة فلا يجب فيها مقدر كجراحات البدن، ولا يصح قياس هذا على ما ذكروه فإنه لا تجب فيه

---

(1) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٨٤) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ٣١٢/ ١٧٣٤٢) من طريق محمد بن راشد عن مكحول عن قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت ﷺ. . . به، وقال البيهقى: محمد بن راشد وإن كنا نروى حديثه لرواية الكبار عنه فليس ممن تقوم الحجة بما ينفرد به.

(2) أخرجه ابن أبى شيبة فى «الديات» (٦/ ٢٧٧) من طريق محمد بن إسحاق عن مكحول. . . به وإسناده مرسل ضعيف.

ولنا عموم الأحاديث وقول أبى بكر وعمر رضي الله عنهما الموضحة فى الرأس والوجه سواء (٥١)، ولأنها موضحة فكان أرشها خمسًا من الإبل كغيرها مما سلموه، ولا عبرة بكثر الشين بدليل التسوية بين الصغيرة والكبيرة وما ذكروه لمالك لا يصح فإن الموضحة فى الصدر أكثر ضررًا وأقرب إلى القلب ولا مقدر فيها، وقد روى عن أحمد رحمه الله، أنه قال: موضحة الوجه أحرى أن يزاد فى ديتها وليس معنى هذا أنه يجب فيها أكثر، والله أعلم، وإنما معناه أنها أولى بإيجاب الدية فإنه إذا وجب فى موضحة الرأس مع قلة شينها واستتارها بالشعر وغطاء الرأس خمس من الإبل فلأن يجب ذلك فى الوجه الظاهر الذى هو مجمع المحاسن وعنوان الجمال أولى، وجعل كلام أحمد على هذا أولى من حمله على ما يخالف الخبر والأثر وقول أكثر أهل العلم، ومصيره إلى التقدير بغير توقيف ولا قياس صحيح.

الحكومة ولا نعلم لما ذكروه نظيرًا وما لم يكن فيه من الجراح توقيت ولم يكن نظيرًا لما وقتت ديته ففيه حكومة أما الذى فيه توقيت فهو الذى نص النبى ﷺ عليه بين قدر ديته كقوله: «فى الأنف وفى اللسان الدية» وأما نظيره فهو ما كان فى معناه ومقيسًا عليه كالإليتين والثديين والحاجبين وقد ذكرناه فما لم يكن من الموقت ولا مما يمكن قياسه كالشجاج التى دون الموضحة وجراح البدن سوى الجائفة وقطع الأعضاء وكسر العظام فليس فيه إلا الحكومة.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: (وخمس فيها مقدر أولها الموضحة وهى التى توضح العظم أى تبرزه والوضح البياض) يعنى أنها أبدت وضح العظم أى بياضه وأجمع أهل العلم على أن أرشها مقدر، قاله ابن المنذر وفى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم: «وفى الموضحة خمس من الإبل» وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ أنه قال: «فى المواضح خمس خمس» رواه أبو داود والنسائى والترمذى وقال: حديث حسن وإنما يجب ذلك فى موضحة الحر فأما موضحة العبد فقد ذكرنا الخلاف فيها وموضحة المرأة كموضحة الرجل فيما يجب فيها عند أحمد رحمه الله، لأن المرأة تساوى جراحها جراح الرجل إلى ثلث الدية وعند الشافعى أن موضحة المرأة إنما يجب فيها نصف ما وجب فى موضحة الرجل بناء على مذهبه فى أن جراح المرأة على النصف من جراح الرجل فى القليل والكثير والحديث الذى ذكرناه حجة عليه وفيه كفاية وأكثر أهل العلم على أن الموضحة فى الرأس والوجه سواء وهو ظاهر المذهب روى ذلك عن أبى بكر وعمر رضي الله عنهما، وبه قال شريح ومكحول والشعبى والنخعى والزهرى وربيعة وأبو حنيفة والشافعى وإسحاق، وعن أحمد أن فى موضحة الوجه عشرة أبعرة روى ذلك عن سعيد بن المسيب، لأن شينها أكثر وموضحة الرأس يسترها الشعر

(٥١) أخرجه البيهقى (٨/ ٨٢) وابن أبى شيبة فى «المصنف» (٦/ ٢/ ٢٨٣) من كتاب «الديات» باب «الموضحة» فى الوجه ما فيها وإسناده صحيح.

فصل: ويجب أرش الموضحة فى الصغيرة والكبيرة والبارزة والمستورة بالشعر، لأن اسم الموضحة يشمل الجميع، وحد الموضحة ما أفضى إلى العظم ولو بقدر إبرة، ذكره ابن القاسم والقاضى، فإن شجه فى رأسه شجة بعضها موضحة وبعضها دون الموضحة لم يلزمه أكثر من أرش موضحة، لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من أرش موضحة، فلأنه لا يلزمه فى الإيضاح فى البعض أكثر من ذلك أولى، وهكذا لو شجه شجة بعضها هاشمة وباقيها دونها لم يلزمه أكثر من أرش هاشمة وإن كانت منقلة وما دونها أو مأمومة وما دونها فعليه أرش منقلة أو مأمومة لما ذكرنا.

فصل: وليس فى موضحة غير الرأس والوجه مقدر فى قول أكثر أهل العلم، منهم إمامنا مالك والثورى والشافعى وإسحاق وابن المنذر، قال ابن عبد البر: ولا يكون فى البدن موضحة، يعنى ليس فيها مقدر، قال وعلى ذلك جماعة العلماء إلا الليث بن سعد قال: الموضحة تكون فى الجسد أيضًا، وقال الأوزاعى فى جراحة الجسد على النصف من جراحة

والعمامة، وقال مالك: إذا كانت فى أنف أو فى اللحى الأسفل ففيها حكومة، لأنها تبعد عن الدماغ فأشبهت موضحة سائر البدن.

ولنا: عموم الأحاديث وقول أبى بكر وعمر ﷺ: الموضحة فى الرأس والوجه سواء ولأنها موضحة فكان أرشها خمسًا من الإبل كغيرها مما سلموه ولا عبرة بكثرة الشين بدليل التسوية بين الكبيرة والصغيرة، وما ذكره مالك لا يصح فإن الموضحة فى الصدر أكثر ضررًا وأقرب إلى القلب ولا مقدر فيها، لأن ما قاله مخالف لظاهر النص، وقد روى عن أحمد أنه قال موضحة الوجه أحرى أن يزاد فى ديتها وليس معنى هذا أنه يجب فيها أكثر إنما معناه والله أعلم أنها أولى بإيجاب الدية فإنها إذا وجبت فى موضحة الرأس مع قلة شينها واستتارها بالشعر وغطاء الرأس خمس من الإبل، فلأن يجب ذلك فى الوجه الظاهر الذى هو مجمع المحاسن وعنوان الجمال أولى وحمل كلام أحمد على هذا أولى من من حمله على ما يخالف الخبر والأثر وقول أكثر أهل العلم بغير توقيف ولا قياس صحيح.

فصل: ويجب أرش الموضحة فى الصغيرة والكبيرة والبارزة والمستورة بالشعر، لأن اسم الموضحة يشمل الجميع وحد الموضحة ما أفضى إلى العظم ولو بقدر إربة، ذكره ابن القاسم والقاضى.

فصل: وليس فى الموضحة غير الرأس والوجه مقدر فى قول أكثر أهل العلم منهم إمامنا ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وابن المنذر قال ابن عبد البر: ولا يكون فى البدن موضحة يعنى ليس فيها مقدر، على ذلك جماعة العلماء إلا الليث بن سعد قال: الموضحة تكون فى الجسد أيضًا وقال الأوزاعى: فى جراحة الجسد على النصف من جراحة الرأس، وحكى نحو ذلك عن عطاء الخراسانى قال: فى الموضحة فى سائر الجسد خمسة وعشرون دينارًا.

الرأس وحكى نحو ذلك عن عطاء الخراساني قال: في الموضحة في سائر الجسد خمسة وعشرون ديناراً.

ولنا: أن اسم الموضحة إنما يطلق على الجراحة المخصوصة في الوجه والرأس، وقول الخليفتين الراشدين الموضحة في الوجه والرأس سواء يدل على أن باقي الجسد بخلافه، ولأن الشين فيما في الرأس والوجه أكثر وأخطر مما في سائر البدن، فلا يلحق به ثَمَّ إيجاب ذلك في سائر البدن يفضي إلى أن يجب في موضحة العضو أكثر من ديته مثل أن يوضح أنملة ديتها ثلاثة وثلث ودية الموضحة خمس، وأما قول الأوزاعي وعطاء والخراساني فتحكم لا نص فيه ولا قياس يقتضيه فيجب إطراحه.

فصل: وإن أوضحه في رأسه وجر السكين إلى قفاه فعليه أرش موضحة وحكومة لجرح **القفا**، لأن القفا ليس بموقع للموضحة، وإن أوضحه في رأسه ومدها إلى وجهه فعلى وجهين: **أحدهما:** أنها موضحة واحدة لأن الوجه والرأس سواء في الموضحة فصار كالعضو الواحد، **والثاني:** هما موضحتان لأنه أوضحه في عضوين فكان لكل واحد منهما حكم نفسه كما لو أوضحه في رأس ونزل إلى القفا.

فصل: وإن أوضحه في رأسه موضحتين بينهما حاجز فعليه أرش موضحتين، لأنهما موضحتان فإن أزال الحاجز الذي بينهما وجب أرش موضحة واحدة، لأنه صار الجميع بفعله

ولنا: أن اسم الموضحة إنما يطلق على الجراحة المخصوصة في الوجه والرأس وقول الخليفتين الراشدين: الموضحة في الرأس والوجه سواء يدل على أن باقي الجسد بخلافه، ولأن الشين فيما في الرأس والوجه أكثر وأخطر مما في سائر البدن فلا يلحق به، ثم إيجاب ذلك في سائر البدن يفضي إلى أن يجب في موضحة العضو أكثر من ديته مثل أن يوضح أنملة ديتها ثلاث وثلث، ودية الموضحة خمس، وأما قول الأوزاعي الخراساني فتحكم لا نص فيه ولا يقتضيه القياس فيجب اطراحه.

1- مسألة: (فإن عمت الرأس ونزلت إلى الوجه فهل هي موضحة أو موضحتان؟ على وجهين) إذا أوضحه في رأسه ومدها إلى وجهه فعلى وجهين: **أحدهما:** هي موضحة واحدة، لأن الوجه والرأس في الموضحة فصارا كالعضو الواحد، **والثاني:** هما موضحتان، لأنه أوضحه في عضوين فكان لكل واحد منهما حكم نفسه كما لو أوضحه في رأسه ونزل إلى القفا، ذكر شيخنا في الكتاب المشروح قال: إذا عمت الرأس ـ ولم يذكره في كتابيه المغني والكافي ـ أطلق القول فيما إذا كان بعضها في الرأس وبعضها في الوجه، وإن لم تعم الرأس فيها الوجهان وهو الذي يقتضيه الدليل المذكور، والله أعلم.

2- مسألة: (وإن أوضحه موضحتين بينهما حاجز فعليه عشرة من الإبل أرش موضحتين).

موضحة فصار كما لو أوضح الكل من غير حاجز يبقى بينهما، وإن اندملتا ثم أزال الحاجز بينهما فعليه أرش ثلاث مواضح، لأنه استقر عليه أرش الأوليين بالاندمال ثم لزمته دية الثالثة، وإن تأكل ما بينهما قبل اندمالهما فزال لم يلزمه أكثر من أرش واحدة لأن سراية فعله كفعله، وإن اندملت إحداهما وزال الحاجز بفعله أو سراية الأخرى فعليه أرش موضحتين، وإن أزال الحاجز أجنبى فعلى الأول أرش موضحتين وعلى الثانى أرش موضحة لأن فعل أحدهما لا ينبنى على فعل الآخر فانفرذ كل واحد منهما بحكم جنايته، وإن أزاله المجنى عليه وجب على الأول أرش موضحتين، لأن ما وجب بجنايته لا يسقط بفعل غيره، فإن اختلفا فقال الجانى: أنا شققت ما بينهما، وقال المجنى عليه: بل أنا أو أزالها آخر سواك فالقول قول المجنى عليه، لأن سبب أرش موضحتين قد وجد والجانى يدعى زواله والمجنى عليه ينكره والقول قول المنكر والأصل معه، وإن أوضح موضحتين ثم قطع اللحم الذى بينهما فى الباطن وترك الجلد الذى فوقهما ففيها وجهان: **أحدهما**: يلزمه أرش موضحتين لانفصالهما، **والثانى**: أرش موضحة لاتصالهما فى الباطن، وإن جرحه جراحًا واحدة وأوضحه فى طرفيها وباقيها دون الموضحة ففيه أرش موضحتين لأن ما بينهما ليس بموضحة.

لأنهما موضحتان فإن خرق ما بينهما أو ذهب بالسراية صارًا موضحة واحدة فيجب أرش موضحة فصار كما لو أوضح الكل من غير حاجز فإن اندملتا ثم أزال الحاجز بينهما فعليه أرش ثلاث مواضح لأنه استقر عليه أرش الأولتين بالاندمال ثم لزمته دية الثالثة، وإن اندملت إحداهما وزال الحاجز بفعله أو سراية الأخرى فعليه أرش موضحتين.

3- **مسألة:** **(فإن خرقه أجنبى فعلى الأول أرش موضحتين وعلى الثانى موضحة)**.

لأن فعل أحدهما لا يبنى على فعل الآخر فانفرد كل واحد منهما بحكم جنايته، وإن أزاله المجنى عليه وجب على الأول أرش موضحتين، لأن ما وجب بجناية لا يسقط بفعل غيره.

4- **مسألة:** **(فإن اختلفا فيمن خرقه فالقول قول المجنى عليه)**.

إذا قال الجانى: أنا شققت ما بينهما وقال المجنى عليه: بل أنا أو أزالها آخر سواك كان القول قول المجنى عليه، لأن سبب أرش موضحتين قد وجد والجانى يدعى زواله والمجنى عليه ينكره، فالقول قول المنكر، لأن الأصل معه، ومثله لو قطع ثلاث أصابع امرأة فعليه ثلاثون من الإبل فإن قطع الرابعة عاد إلى عشرين فإن اختلفا فى قاطعها فالقول قول المجنى عليه لما ذكرنا وهذا على مذهبنا، لأن عندنا أن جراح المرأة تساوى جراح الرجل إلى الثلث فإذا زادت صارت إلى النصف.

5- **مسألة:** **(وإن خرق ما بينهما فى الباطن بأن قطع اللحم الذى بينهما وترك الجلد الذى فوقهما ففيها وجهان)**:

أحدهما: يلزمه أرش موضحتين لانفصالهما فى الظاهر.

١٥٠٥- **مسألة:** قال: (وفى الهاشمة عشر من الإبل وهى التى توضح العظم وتهشمه).

الهاشمة: هى التى تتجاوز الموضحة فتهشم العظم سميت هاشمة لهشمها العظم ولم يبلغنا عن النبى ﷺ فيها تقدير، وأكثر من بلغنا قوله من أهل العلم على أن أرشها مقدر بعشر من الإبل، روى ذلك قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت(٥٢)، وبه قال قتادة والشافعى والعنبرى ونحوه قال الثورى وأصحاب الرأى إلا أنهم قدروها بعشر الدية من الدراهم وذلك على قولهم ألف درهم وكان الحسن لا يوقت فيها شيئًا، وحكى عن مالك أنه قال: لا أعرف الهاشمة لكن فى الإيضاح خمس وفى الهشم حكومة، قال ابن المنذر: النظر يدل على قول الحسن إذ لا سنة فيها ولا إجماع، ولأنه لم ينقل فيها عن النبى ﷺ تقدير فوجبت فيها الحكومة كما دون الموضحة.

والثانى: أرش موضحة لاتصالهما فى الباطن، وإن جرحه جراحًا واحدة أوضحة فى طرفها وباقيها دون الموضحة ففيه أرش موضحتين، لأن ما بينهما ليس بموضحة.

6- **مسألة:** (وإن شج جميع رأسه سمحاقًا إلا موضعًا منه أوضحه فعليه أرش موضحة).

إذا شجه فى رأسه شجة بعضها موضحة وبعضها دون الموضحة لم يلزمه أكثر من أرش موضحة، لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من ذلك، فلأن لا يلزمه فى الإيضاح فى البعض أكثر من ذلك أولى وهكذا لو شجه شجة بعضها هاشمة وباقيها دونها لم يلزمه أكثر من أرش هاشمة، وإن كانت منقلة وما دونها أو مأمومة وما دونها فعليه أرش منقلة أو مأمومة لما ذكرنا.

7- **مسألة:** (ثم الهاشمة وهى التى توضح العظم وتهشمه ففيها عشر من الإبل).

سميت هاشمة لهشمها العظم ولم يبلغنا عن النبى ﷺ فيها تقدير وأكثر من بلغنا قوله من أهل العلم على أن أرشها مقدرة بعشر من الإبل، روى ذلك قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت وبه قال قتادة والشافعى والعنبرى، ونحوه قول الثورى وأصحاب الرأى إلا أنهم قدروها بعشر الدية من الدراهم وذلك على قولهم ألف درهم، وكان الحسن لا يوقت فيها شيئًا، وحكى عن مالك أنه قال: لا أعرف الهاشمة لكن فى الإيضاح خمس وفى الهشم حكومة،

---

(٥٢) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٨٢) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ٣١٤/ ١٧٣٤٨) من طريق محمد بن زائد عن مكحول عن قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت... به وفيه محمد بن راشد المكحول صدوق يهم، قاله الحافظ فى التقريب، وقال البيهقى: لا يحتج به إذا انفرد، وذكره ابن حجر فى التلخيص (٤/ ٣٠) وقال: قيل لا يصح مرفوعًا، وهو فى الدارقطنى موقوف. اهـ. وقال الزيلعى فى «نصب الراية» (٤/ ٣٧٥): موقوف.

قلت: وهو فى البيهقى والمصنف موقوف.

ولنا: قول زيد، ومثل ذلك الظاهر أنه توقيف، ولأنه لم نعرف له مخالفًا فى عصره فكان إجماعًا ولأنها شجة فوق الموضحة تختص باسم فكان فيها مقدر كالمأمومة.

فصل: والهاشمة فى الرأس والوجه خاصة على ما ذكرنا فى الموضحة، وإن هشمه هاشمتين بينهما حاجز ففيهما عشرون من الإبل على ما ذكرنا فى الموضحة من التفصيل، وتستوى الهاشمة الصغيرة والكبيرة، وإن شجة شجة بعضها موضحة وبعضها هاشمة وبعضها سمحاق وبعضها متلاحمة وجب أرش الهاشمة لأنه لو كان جميعها هاشمة أجزأ أرشها ولو انفرد القدر المهشوم وجب أرشها فلا ينقص ذلك بما إذا زاد من الأرش فى غيرها، وإن ضرب رأسه فهشم العظم ولم يوضحه لم تجب دية الهاشمة بغير خلاف لأن الأرش المقدر وجب فى هاشمة يكون معها موضحة وفى الواجب فيها وجهان: أحدهما: فيها خمس من الإبل لأنه لو أوضح وكسر لوجبت عشر: خمس فى الإيضاح، وخمس فى الكسر فإذا وجد الكسر دون الإيضاح وجب خمس، والثانى: تجب حكومة لأنه كسر عظم لا جرح معه فأشبه كسر قصبة الأنف.

فصل: فإن أوضحه موضحتين هشم العظم فى كل واحدة منهما واتصل الهشم فى

قال ابن المنذر: والنظر يدل على قول الحسن إذ لا سنة فيها ولا إجماع ولم ينقل عن النبى ﷺ فيها تقدير فوجبت فيها الحكومة كما دون الموضحة.

ولنا: قول زيد ومثل ذلك الظاهر أنه توقيف، ولأنه لا يعرف له مخالف فى عصره، ولأنها شجة فوق الموضحة تختص باسم فكان فيها مقدر كالمأمومة.

فصل: والهاشمة فى الوجه والرأس خاصة كما ذكرنا فى الموضحة، فإن هشمه هاشمتين بينهما حاجز ففيهما عشرون من الإبل على ما ذكرنا من التفصيل فى الموضحة وتنوى الهاشمة الصغيرة والكبيرة كالموضحة، وإن شجه شجة بعضها موضحة وبعضها هاشمة وبعضها سمحاق وبعضها متلاحمة وجب أرش الهاشمة، لأنه لو كان جميعها هاشمية أجزأ أرشها، ولو انفرد القدر المهشوم وجب أرشها فلا ينتقض ذلك بما زاد من الأرش فى غيره.

8- **مسألة:** (فإن ضربه بمنقل فهشمه من غير أن يوضحه ففيه حكومة ولا تجب دية الهاشمة بغير خلاف).

لأن الأرش المقدر وجب فى هاشمة معها موضحة وفى الواجب فيها وجهان: أحدهما: حكومة، لأنه كسر عظم لا جرح معه فأشبه كسر قصبة الأنف، والثانى: فيها خمس من الإبل، لأنه لو أوضح وهشم لوجب عشر، خمس فى الإيضاح وخمس فى الهشم فإذا وجد أحدهما وجب خمس كالإيضاح وحده.

فصل: فإن أوضحه موضحتين هشم فى كل واحدة منهما واتصل الهشم فى البطن فهما

الباطن فهما هاشمتان، لأن الهشم إنما يكون تبعًا للإيضاح فإذا كانتا موضحتين كان الهشم هاشمتين بخلاف الموضحة فإنها ليست تبعًا لغيرها فافترقا.

١٥٠٦- **مسألة:** قال: **(وفى المنقلة خمس عشرة من الإبل وهى التى توضح وتهشم وتسطو حتى تنقل عظامها).**

المنقلة: زائدة على الهاشمة وهى التى تكسر العظام وتزيلها عن مواضعها فيحتاج إلى نقل العظم ليلتئم وفيها خمس عشرة من الإبل بإجماع من أهل العلم، حكاه ابن المنذر، وفى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم «وفى المنقلة خمس عشرة من الإبل» (٥٣) وفى تفصيلها ما فى تفصيل الموضحة والهاشمة على ما مضى.

١٥٠٧- **مسألة:** قال: **(وفى المأمومة ثلث الدية وهى التى تصل إلى جلدة الدماغ وفى الآمة مثل ما فى المأمومة).**

المأمومة والآمة شىء واحد، قال ابن عبد البر: أهل العراق يقولون لها: الآمة، وأهل الحجاز: المأمومة، وهى الجراحة الواصلة إلى أم الدماغ، سميت أم الدماغ لأنها تحوطه وتجمعه فإذا وصلت الجراحة إليها سميت آمة ومأمومة يقال: آم الرجل آمة ومأمومة، وأرشها

هاشمتان، لأن الهشم إنما يكون تبعًا للإيضاح، فإذا كانتا موضحتين كان الهشم هاشمتين بخلاف الموضحة فإنها ليست تبعًا لغيرها فافترقا.

9- **مسألة: (ثم المنقلة وهى التى توضح وتهشم وتنتقل عظامها وفيها خمس عشرة من الإبل).**

المنقلة زائدة على الهاشمة وهى التى تكسر العظام وتزيلها عن مواضعها فيحتاج إلى نقل العظم ليلتئم وفيها خمس عشرة من الإبل بإجماع من أهل العلم، حكاه ابن المنذر وفى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم: «وفى المنقلة خمس عشرة من الإبل» وفى تفصيلها ما فى تفصيل الموضحة والهاشمة على ما مضى.

10- **مسألة: (ثم المأمومة وهى التى تصل إلى جلدة الدماغ وتسمى أم الدماغ وتسمى المأمومة آمة).**

قال ابن عبد البر: أهل العراق يقولون: الآمة، وأهل الحجاز: المأمومة، وهى الجراحة الواصلة إلى أم الدماغ وهى جلدة فيها الدماغ تسمى أم الدماغ، لأنها تحوطه وتجمعه، فإذا وصلت الجراحة إليها سميت آمة ومأمومة وأرشها ثلث الدية فى قول عامة أهل العلم إلا مكحولاً فإنه قال: إن كانت عمدًا ففيها ثلثا الدية، وإن كانت خطأ ففيها ثلثها.

ولنا: قول النبى ﷺ فى كتاب عمرو بن حزم: «وفى المأمومة ثلث الدية» (3) وعن ابن

---

(٥٣) تقدم برقم (١) فى أول كتاب الديات.

(3) تقدم برقم (١) فى أول كتاب «الديات».

ثلث الدية في قول عامة أهل العلم إلا مكحولاً فإنه قال: إن كانت عمداً ففيها ثلثا الدية وإن كانت خطأ ففيها ثلثها.

ولنا: قول النبي ﷺ في كتاب عمرو بن حزم: «وفي المأمومة ثلث الدية» وعن ابن عمر عن النبي ﷺ مثل ذلك(٥٤)، وروى نحوه عن علي، ولأنها شجة فلم يختلف أرشها بالعمد والخطأ في المدار كسائر الشجاج.

فصل: وإن خرق جلدة الدماغ فهي الدامغة، وفيها ما في المأمومة، قال القاضي: لم يذكر أصحابنا الدامغة لمساواتها المأمومة في أرشها، وقيل: فيها في ذلك حكومة لخرق جلدة الدماغ، ويحتمل أنهم تركوا ذكرها لكونها لا يسلم صاحبها في الغالب.

فصل: فإن أوضحه رجل ثم هشمه الثاني ثم جعلها الثالث منقلة ثم جعلها الرابع مأمومة فعلى الأول أرش موضحته، وعلى الثاني خمس تمام أرش الهاشمة، وعلى الثالث خمس تمام أرش المنقلة، وعلى الرابع ثمانية عشر وثلث تمام أرش المأمومة.

١٥٠٨- **مسألة:** قال: (**وفي الجائفة ثلث الدية وهي التي تصل إلى الجوف**).

هذا قول عامة أهل العلم منهم أهل المدينة وأهل الكوفة، وأهل الحديث وأصحاب الرأى إلا مكحولاً قال فيها: في العمد ثلثا الدية.

ولنا: قول النبي ﷺ في كتاب عمرو بن حزم «وفي الجائفة ثلث الدية»(٥٥) وعن ابن

عمر عن النبي ﷺ مثل ذلك وروى نحوه عن علي، ولأنها شجة فلم يختلف أرشها بالعمد والخطأ في المقدار كسائر الشجاج، ثم الدامغة وهي التي تجرح الجلد ففيها ما في المأمومة، قال القاضي: لم يذكر أصحابنا الدامغة لمساواتها المأمومة في أرشها وقبل فيها مع ذلك حكومة لخرق جلدة الدماغ ويحتمل أنهم تركوا ذكرها لكونها لا يسلم صاحبها في الغالب.

فصل: فإن أوضحه رجل، ثم هشمه الثاني، ثم جعلها الثالث منقلة، ثم جعلها الرابع مأمومة، فعلى الأول أرش موضحة، وعلى الثاني خمس تمام الهاشمة، وعلى الثالث خمس تمام أرش المنقلة، وعلى الرابع ثمانية عشر وثلث تمام أرش المأمومة.

فصل: وفي الجائفة ثلث الدية، وهي التي تصل إلى باطن الجوف من بطن أو ظهر أو صدر أو نحر، وهذا قول عامة أهل العلم منهم أهل المدينة والكوفة وأهل الحديث وأصحاب الرأى إلا مكحولاً قال فيها: في العمد ثلثا الدية.

ولنا: قول النبي ﷺ في كتاب عمرو بن حزم: «وفي الجائفة ثلث الدية» وعن ابن عمر عن النبي ﷺ مثل ذلك، ولأنها جراحة فيها مقدار فلم تختلف قدر أرشها بالعمد والخطأ كالموضحة ولا نعلم في جراح البدن الحالية عن قلع الأعضاء وكسر العظام مقدراً غير

---

(٥٤) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٨٥) وانظر الإرواء (٢٢٨٩) وهو صحيح.

(٥٥) تقدم في أول كتاب الديات (١).

عمر عن النبى ﷺ مثل ذلك(٥٦)، ولأنها جراحة فيها مقدر فلم يختلف أرشها بالعمد والخطأ كالموضحة ولا نعلم فى جراح البدن الخالية عن قطع الأعضاء وكسر العظام مقدرًا غير الجائفة، والجائفة ما وصل إلى الجوف من بطن أو ظهر أو صدر أو ثغرة نحر أو ورك أو غيره، وذكر ابن عبد البر أن مالكًا وأبا حنيفة والشافعى والبتى وأصحابهم اتفقوا على أن الجائفة لا تكون إلا فى الجوف، قال ابن القاسم: الجائفة ما أفضى إلى الجوف ولو بمغرز إبرة، فأما إن خرق شدقه فوصل إلى باطن الفم فليس بجائفة، لأن داخل الفم حكمه حكم الظاهر لا حكم الباطن وإن طعنه فى وجنته فكسر العظم ووصل إليه فيه فليس بجائفة لما ذكرنا، وقال الشافعى فى أحد قوليه: هو جائفة، لأنه قد وصل إلى جوف وهذا ينتقض بما إذا خرق شدقه، فعلى هذا يكون عليه دية هاشمة لكسر العظم وفيما زاد حكومة، وإن جرحه فى أنفه فأنفذه فهو كما لو جرحه فى وجنته فأنفذه إلى فيه فى الحكم والخلاف، وإن جرحه فى ذكره فوصل إلى مجرى البول من الذكر فليس بجائفة لأنه ليس بجوف يخاف التلف من الوصول إليه بخلاف غيره.

فصل: وإن أجافه جائفتين بينهما حاجز فعليه ثلثا الدية، وإن خرق الجانى ما بينهما أو ذهب بالسراية صار جائفة واحدة فيها ثلث الدية لا غير، وإن خرق ما بينهما أجنبى أو المجنى عليه فعلى الأول ثلثا الدية وعلى الأجنبى الثانى ثلثها ويسقط ما قابل فعلى المجنى عليه، وإن احتاج إلى خرق ما بينهما للمداواة فخرقها المجنى عليه أو غيره بأمره، أو خرقها ولى المجنى

الجائفة، وذكر ابن عبد البر أن مالكًا وأبا حنيفة والشافعى والبتى وأصحابهم اتفقوا على أن الجائفة لا تكون إلا فى الجوف، وقال ابن القاسم: الجائفة ما أفضى إلى الجوف ولو بغرز إبرة.

فصل: وإن أجافه جائفتين بينهما حاجز فعليه ثلثا الدية، وإن خرق الجانى ما بينهما أو ذهب بالسراية صارا جائفة واحدة فيها ثلث الدية لا غير، وإن خرق ما بينهما أجنبى أو المجنى عليه فعلى الأول ثلثا الدية وعلى الأجنبى الثانى ثلثها ويسقط ما قابل فعل المجنى عليه، وإن احتاج إلى خرق ما بينهما للمداواة فخرقها المجنى عليه أو غيره بأمره أو خرقها ولى المجنى عليه لذلك أو الطبيب بأمره فلا شىء عليه فى خرق الحاجز وعلى الأول ثلثا الدية.

---

(٥٦) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٨٥) وذكره ابن حجر فى «التلخيص» (٤/ ٣١) عن عمر وقال: فى إسناده ضعف من جهة محمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى ورواه البيهقى من وجه أخر ضعيف فيه...

قلت: وهو فى كتاب عمرو بن حزم وفى الجائفة ثلث الدية وهو صحيح، وهو ضعيف الإسناد موصولاً إلى عمرو بن حزم صحيح مرسلاً لكن للحديث شاهد من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا وفيه «فى الجائفة» ثلث العقل. أخرجه أبو داود (٤/ ٤٥٦٤) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٢١٧) وإسناده حسن.

عليه لذلك أو الطبيب بأمره فلا شىء فى خرق الحاجز وعلى الأول ثلثا الدية، وإن أجافه رجل فوسعها آخر فعلى كل واحد منهما أرش جائفة، لأن فعل كل واحد منهما لو انفرد كان جائفة فلا يسقط حكمه بانضمامه إلى فعل غيره، لأن فعل الإنسان لا ينبغى على فعل غيره، وإن وسعها الطبيب بإذنه أو إذن وليه لمصلحته فلا شىء عليه، وإن وسعها جان آخر فى الظاهر دون الباطن أو فى الباطن دون الظاهر فعليه حكومة، لأن جنايته لم تبلغ الجائفة، وإن أدخل السكين فى الجائفة ثم أخرجها عزر ولا أرش عليه وإن كان قد خاطها فجاء آخر فقطع الخيوط وأدخل السكين فيها قبل أن تلتحم عزر أشد من التعزير الأول الذى قبله وغرمه ثمن الخيوط وأجرة الخياط ولم يلزمه أرش جائفة لأنه لم يجفه، وإن فعلَ ذلك بعد التحامها فعليه أرش الجائفة وثمن الخيوط، لأنه بالالتحام عاد إلى الصحة فصار كالذى لم يجرح، وإن التحم بعضها دون بعض ففتق ما التحم فعليه أرش جائفة لما ذكرنا، وإن فتق غير ما التحم عليه فليس عليه أرش الجائفة وحكمه حكم من فعل مثل فعله قبل أن يلتحم منها شىء، وإن فتق بعض ما التحم فى الظاهر دون الباطن، أو الباطن دون الظاهر فعليه حكومة كما لو وسع جرحه كذلك.

فصل: وإن جرح فخذه ومد السكين حتى بلغ الورك فأجاف فيه أو جرح الكتف وجر السكين حتى بلغ الصدر فأجافه فيه فعليه أرش الجائفة وحكومة فى الجراح، لأن الجراح فى غير موضع الجائفة فانفردت بالضمان كما لو أوضحه فى رأسه وجر السكين حتى بلغ القفا فإنه يلزمه أرش موضحة وحكومة لجرح القفا.

فصل: **فإن أدخل حديدة أو خشبة أو يده فى دبر إنسان فخرق حاجزًا فى الباطن فعليه حكومة ولا يلزمه أرش جائفة**، لأن الجائفة ما خرقت من الظاهر إلى الجوف، وهذه بخلافه، وكذلك لو أدخل السكين فى جائفة إنسان فخرق شيئًا فى الباطن فليس ذلك بجائفة لما ذكرنا.

١٥٠٩- **مسألة:** قال: **(فإن جرحه فى جوفه فخرج من الجانب الآخر فهما جائفتان)**.

هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء ومجاهد وقتادة ومالك والشافعى وأصحاب الرأى، قال ابن عبد البر: لا أعلمهم يختلفون فى ذلك، وحكى عن بعض أصحاب الشافعى أنه قال: هى جائفة واحدة، وحكى أيضًا عن أبى حنيفة، لأن الجائفة هى التى تنفذ من ظاهر البدن إلى الجوف وهذه الثانية إنما نفذت من الباطن إلى الظاهر.

أ- **مسألة:** **(وإن خرقه من جانب فخرج من الجانب الآخر فهى جائفتان)**.

هذا قول أكثر أهل العلمَ منهم عطاء وقتادة ومجاهد ومالك والشافعى وأصحاب الرأى، قال ابن عبد البر: لا أعلمهم يختلفون فى ذلك، وحكى عن بعض أصحاب الشافعى أنه قال: هى جائفة واحدة، وحكى أيضًا عن أبى حنيفة، لأن الجائفة هى التى تنفذ من ظاهر البدن إلى الجوف وهذه الثانية إنما نفذت من الباطن إلى الظاهر.

ولنا: ما روى سعيد بن المسيب «أن رجلاً رمى رجلاً بسهم فأنفذه فقضى أبو بكر ﷺ بثلثى الدية ولا مخالف له فيكون إجماعًا» أخرجه سعيد بن منصور فى سننه[٥٧]، وروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن عمر قضى فى الجائفة إذا نفذت الجوف بأرش جائفتين لأنه أنفذه من موضعين فكان جائفتين كما لو أنفذه بضربتين، وما ذكره غير صحيح فإن الاعتبار بوصول الجرح إلى الجوف لا بكيفية إيصاله إذ لا أثر لصورة الفعل مع التساوى فى المعنى، ولأن ما ذكروه من الكيفية ليس بمذكور فى خبر، وإنما العادة والغالب وقوع الجائفة هكذا فلا يعتبر كما أن العادة والغالب حصولها بالحديد، ولو حصلت بغيره لكانت جائفة، ثم ينتقض ما ذكروه بما لو أدخل يده فى جائفة إنسان فخرق بطنه من موضع آخر فإنه يلزمه أرش جائفة بغير خلاف نعلمه وكذلك يخرج فيمن أوضح إنسانًا فى رأسه ثم أخرج رأس السكين من موضع آخر فهى موضحتان، فإن هشمه هاشمة لها مخرجان فهى هاشمتان وكذلك ما أشبهه.

فصل: فإن أدخل أصبعه فى فرج بكر فأذهب بكارتها فليس بجائفة، لأن ذلك ليس بجوف.

ولنا: ما روى سعيد بن المسيب أن رجلاً رمى رجلاً بسهم فأنفذه فقضى أبو بكر ﷺ بثلثى الدية، ولا مخالف له فيكون إجماعًا، أخرجه سعيد بن منصور فى سننه وروى عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر ﷺ قضى فى الجائفة إذا نفذت إلى الجوف بأرش جائفتين، ولأنه أنفذه من موضعين فكان جائفتين كما لو أنفذه بضربتين، وما ذكروه لا يصح، فإن الاعتبار بوصول الجرح إلى الجوف لا بكيفية إيصاله إذ لا أثر لصورة الفعل مع التساوى فى المعنى، ولأن ما ذكروه من الكيفية ليس بمذكور فى خبر وإنما الغالب والعادة وقوع الجائفة هكذا فلا يعتبر، كما أن العادة والغالب حصولها بالحديد ولو حصلت بغيره لكانت جائفة ثم ينتقض ما ذكروه بما لو أدخل يده فى جائفة إنسان فخرق بطنه من موضع آخر فإنه يلزمه أرش جائفة بغير خلاف نعلمه، ولذلك يخرج فيمن أوضح إنسانًا فى رأسه ثم أخرج رأس السكين من موضع آخر فهى موضحتان، وإن هشمه هاشمة لها مخرجان فهى هاشمتان وكذلك ما أشبهه.

فصل: فإن أدخل أصبعه فى فرج بكر فأذهب بكارتها فليس بجائفة، لأن ذلك ليس بجوف.

---

(٥٧) ذكره الألبانى فى إرواء الغليل (٧/ ٢٢٩٨) من حديث سعيد بن المسيب: وقال: حديث ضعيف، ولم أقف على إسناده إلى سعيد، وأخرجه البيهقى (٨/ ٨٥) من طريق عبد الله بن الوليد ثنا سفيان عن محمد بن عبيد الله عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب أن رجلاً رمى رجلاً فأصابته جائفة فخرجت من الجانب الآخر. . . إلخ.

12- **مسألة:** (**وإن طعنه فى خده فوصل إلى فيه ففيه حكومة**).

لأن باطن الفم حكمه حكم الظاهر لا حكم الباطن، ويحتمل أن تكون جائفة، لأنه جرح وصل إلى جوف مجوف فأشبه ما لو وصل إلى البطن.

فصل: فإن طعنه فى وجنته فكسر العظم ووصل إلى فيه فليس بجائفة لما ذكرنا، وقال الشافعى فى أحد قوليه: هو جائفة، لأنه قد وصل إلى جوف، وقد ذكرنا أن باطن الفم فى حكم الظاهر بخلاف الجوف، فعلى هذا يكون عليه دية هاشمة لكسر العظم وفيما زاد حكومة، وإن جرحه فى أنفه فأنفذه فهو كما لو جرح فى وجنته إلى فيه فى الحكم والخلاف، وإن جرحه فى ذكره فوصل إلى مجرى البول من الذكر فليس بجائفة، لأنه ليس بجوف يخاف التلف من الوصول إليه بخلاف غيره.

13- **مسألة:** (**وإن جرحه فى وركه فوصل الجرح إلى جوفه أو أوضحه فوصل الجرح إلى قفاه فعليه دية جائفة وموضحة لجرح القفا والورك**).

إذا جرحه فى فخذه ومد السكين حتى بلغ الورك فأجافه فيه أو جرح الكتف ومد السكين حتى بلغ الصدر فأجافه فيه فعليه أرش الجائفة وحكومة فى الجرح، لأن الجرح فى غير موضع الجائفة فانفردت بالضمان كما لو لم يكن معها جائفة، وإن أوضحه فوصل إلى قفاه فعليه دية موضحة، لأنه أوضحه وعليه حكومة لجرح القفا كما لو انفرد.

14- **مسألة:** (**وإن أجافه ووسع آخر الجرح فهما جائفتان وعلى كل واحد منهما أرش جائفة**).

لأن فعل كل واحد منهما لو انفرد كان جائفة فلا يسقط حكمه بانضمامه إلى فعل غيره لأن فعل الإنسان لا ينبنى على فعل غيره، وإن وسعها الطبيب بإذنه وله لمصلحته فلا شىء عليه.

15- **مسألة:** (**وإن وسع ظاهره دون باطنه أو باطنه دون ظاهره فعليه حكومة**) لأن جنايته لم تبلغ الجائفة.

فصل: وإن أدخل السكين فى الجائفة ثم أخرجها عزر ولا شىء عليه، وإن خاطها فجاء آخر فقطع الخيط أدخل السكين فيها قبل أن تلتحم عزر أشد من التعزير الذى قبله وغرم ثمن الخيوط وأجر الخياط ولم يلزمه أرش جائفة، لأنه لم يجفه.

16- **مسألة:** (**وإن التحمت الجائفة ففتحها آخر فهى جائفة أخرى عليه أرشها**).

لأنه عاد إلى الصحة فصار كالذى لم يجرح وإن التحم بعضها دون بعض ففتق ما التحم فعليه أرش جائفة لما ذكرنا، وإن فتق غير ما التحم فليس عليه أرش الجائفة وحكمه حكم من فعل مثل فعله قبل أن يلتحم منها شىء، وإن فتق بعض ما التحم فى الظاهر دون الباطن أو الباطن دون الظاهر فعليه حكومة كما لو وسع جرحه كذلك.

١٥١٠- **مسألة:** قال: (ومن وطئ زوجته وهى صغيرة ففتقها لزمه ثلث الدية).

معنى الفتق: خرق ما بين مسلك البول والمنى، وقيل: بل معنا خرق ما بين القبل والدبر إلا أن هذا بعيد لأنه يبعد أن يذهب بالوطء ما بينهما من الحاجز فإنه حاجز غليظ قوى، والكلام فى هذه المسألة فى فصلين: **أحدهما:** فى أصل وجوب الضمان، **والثانى:** فى قدره.

أما الأول فإن الضمان إنما يجب بوطء الصغيرة أو النحيفة التى لا تحتمل الوطء دون الكبيرة المحتملة له وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعى: يجب الضمان فى الجميع لأنه جناية فيجب الضمان به كما لو كان فى أجنبية.

ولنا: أنه وطء مستحق فلم يجب ضمان ما تلف به كالبكارة، ولأنه فعل مأذون فيه ممن يصح إذنه فلم يضمن ما تلف بسرايته كما لو أذنت فى مداواتها بما يفضى إلى ذلك، وكقطع السارق أو استيفاء القصاص وعكسه الصغيرة والمكرهة على الزنا، إذا ثبت هذا فإنه يلزمه المهر المسمى فى النكاح مع أرش الجناية ويكون أرش الجناية فى ماله إن كان عمدًا محضًا وهو أن يعلم أنها لا تطيقه وأن وطأه يفيضها، فأما إن لم يعلم ذلك وكان مما يحتمل أن لا يفضى إليه فهو عمد الخطأ فيكون على عاقلته إلا على قول من قال: إن العاقلة لا تحمل عمد الخطأ فإنه يكون فى ماله.

الفصل الثانى: فى قدر الواجب وهو ثلث الدية وبهذا قال قتادة وأبو حنيفة، وقال

فصل: ومن وطئ زوجته وهى صغيرة ففتقها لزمه ثلث الدية، ومعنى الفتق خرق ما بين مسلك البول والمنى، وقيل: بل معناه خرق ما بين القبل والدبر إلا أن هذا بعيد، لأنه يبعد أن يذهب بالوطء ما بينهما من الحاجز فإنه حاجز غليظ قوى والكلام فى ذلك فى أمرين:

أحدهما: فى أصل وجوب الضمان، **والثانى:** فى قدره.

أما الأول فإن الضمان إنما يجب بوطء الصغيرة أو النحيفة التى لا تحمل الوطء دون الكبيرة المحتملة له، وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعى: يجب الضمان فى الجميع، لأنه جناية فيجب الضمان به كما لو كان فى أجنبية.

ولنا: أنه وطء مستحق فلم يجب ضمان ما تلف به كالبكارة، ولأنه فعل مأذون فيه ممن يصح إذنه فلم يضمن ما تلف بسرايته كما لو أذنت فى مداواتها بما يفضى إلى ذلك، وكقطع السارق واستيفاء القصاص وعكسه الصغيرة والمكرهة على الزنا، إذا ثبت هذا فإنه يلزمه المهر المسمى فى النكاح مع أرش الجناية ويكون أرش الجناية فى ماله إن كان عمدًا محضًا وهو أن يعلم أنها لا تطيقه وإن وطأه يفضيها، فأما إن علم ذلك وكان مما يحتمل أن لا يفضى إليه فهو عمد الخطأ فيكون على عاقلته إلا على قول من قال أن العاقلة لا تحمل عمد الخطأ فيكون فى ماله.

الثانى: فى قدر الواجب هو ثلث الدية وبه قال قتادة وأبو حنيفة وقال الشافعى: تجب

الشافعى: تجب الدية كاملة وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز، لأنه أتلف منفعة الوطء فلزمته الدية كما لو قطع إسكتيها.

ولنا: ما روى عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قضى فى الإفضاء بثلث الدية(٥٨)، ولم نعرف له فى الصحابة مخالفًا، ولأن هذه الجناية تخرق الحاجز بين مسلك البول والذكر فكان موجبها ثلث الدية كالجائفة ولا نسلم أنها تمنع الوطء وأما قطع الإسكتين فإنما أوجب الدية، لأنه قطع عضوين فيهما نفع وجمال فأشبه قطع الشفتين.

فصل: وإن استطلق بولها مع ذلك لزمته دية من غير زيادة وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعى: تجب دية وحكومة، لأنه فوت منفعتين فلزمه أرشهما كما لو فوت كلامه وذوقه.

ولنا: أنه أتلف عضوًا واحدًا لم يفت غير منافعه فلم يضمنه بأكثر من دية واحدة كما لو قطع لسانه فذهب ذوقه وكلامه، وما قاله لا يصح، لأنه لو أوجب دية المنفعتين لأوجب ديتين، لأن استطلاق البول موجب الدية، والإفضاء عنده موجب للدية منفردًا، ولم يقل به، وإنما أوجب الحكومة، ولم يوجد مقتضيها، فإننا لا نعلم أحدًا، أوجب فى الإفضاء حكومة.

فصل: وإن اندمل الحاجز وانسد وزال الإفضاء لم يجب ثلث الدية ووجبت حكومة لجبر ما حصل من النقص.

الدية كاملة، وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز، لأنه أتلف منفعة الوطء فلزمته الدية كما لو قطع أسكتيها.

ولنا: ما روى عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قضى فى الإفضاء بثلث الدية، ولم نعرف له فى الصحابة مخالفًا، ولأن هذه جناية تخرق الحاجز بين مسلك البول والذكر فكان موجبها ثلث الدية كالجائفة ولا نسلم أنها تمنع الوطء وأما قطع الإسكتين فإنما أوجب الدية لأنه قطع عضوين فيهما نفع وجمال فأشبه الشفتين.

فصل: فإن استطلق بولها مع ذلك لزمته دية من غير زيادة، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعى: تجب دية وحكومة، لأنه فوت منفعتين فلزمه أرشهما كما لو فوت كلامه وذوقه.

ولنا: أنه إتلاف عضو واحد لم يفت غير منافعه فلم يضمنه بأكثر من دية واحدة كما لو قطع لسانه فذهب ذوقه وكلامه وما قاله لا يصح، لأنه لو أوجب دية المنفعتين لأوجب ديتين، لأن استطلاق البول موجب لدية والإفضاء عنده موجب للدية منفردًا ولم يقل به وإنما أوجب الحكومة ولم يوجد مقتضيها فإنا لا نعلم أحدًا أوجب فى الإفضاء حكومة فإن اندمل الحاجز وانسد وزال الإفضاء لم يجب ثلث الدية ووجبت حكومة لجبر ما حصل من النقص.

---

(٥٨) أخرجه ابن أبى شيبة فى «المصنف» (٦/ ٤٣٦) من طريق عمرو بن شعيب عن عمر، وإسناده منقطع، عمرو بن شعيب لم يدرك عمر.

فصل: وإن أكره امرأة على الزنا فأفضاها لزمه ثلث ديتها ومهر مثلها، لأنه حصل بوطء غير مستحق ولا مأذون فيه فلزمه ضمان ما تلف به كسائر الجنايات، وهل يلزمه أرش البكارة مع ذلك؟ فيه روايتان: **إحداهما**: لا يلزمه لأن أرش البكارة داخل فى مهر المثل فإن مهر البكر أكثر من مهر الثيب فالتفاوت بينهما هو عوض أرش البكارة فلم يضمنه مرتين كما فى حق الزوجة، **والثانية**: يضمنه لأنه محل أتلفه بعدوانه فلزمه أرشه كما لو أتلفه بأصبعه، فأما المطاوعة على الزنا إذا كانت كبيرة ففتقها فلا ضمان عليه فى فتقها، وقال الشافعى: يضمن، لأن المأذون فيه الوطء دون الفتق فأشبه ما لو قطع يدها.

ولنا: أنه ضرر حصل من فعل مأذون فلم يضمنه كأرش بكارتها ومهر مثلها وكما لو أذنت فى قطع يدها فسرى القطع إلى نفسها وفارق ما إذا أذنت فى وطئها فقطع يدها لأن ذلك ليس من المأذون فيه ولا من ضرورته.

فصل: وإن وطئ امرأة شبهة فأفضاها فعليه أرش إفضائها مع مهر مثلها، لأن الفعل إنما أذن فيه اعتقاداً أن المستوفى له هو المستحق فإذا كان غيره ثبت فى حقه وجوب الضمان لما أتلف كما لو أذن فى أخذ الدين لمن يعتقد أنه مستحقه فبان أنه غيره، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: يجب لها أكثر من مهر مثلها أو أرش إفضائها لأن الأرش لإتلاف العضو فلا يجمع بين ضمانه وضمان منفعته كما لو قلع عيناً.

فصل: وإن أكره امرأة على الزنا فأفضاها لزمه ثلث ديتها ومهر مثلها، لأنه حصل بوطء غير مستحق ولا مأذون فيه فلزمه ضمان ما تلف به كسائر الجنايات وهل يلزمه أرش البكارة مع ذلك؟ فيه روايتان: **إحداهما**: لا يلزمه، لأن أرش البكارة داخل فى مهر المثل فإن مهر البكر أكثر من مهر الثيب فالتفاوت بينهما هو أرش عوض البكارة فلم يضمنه مرتين كما فى حق الزوجة، **والثانية**: يضمنه، لأنه محل أتلفه بعدوانه فلزمه أرشه كما لو أتلفه بأصبعه فأما المطاوعة على الزنا إذا كانت كبيرة ففتقها فلا ضمان عليه فى فتقها، وقال الشافعى: يضمن، لأن المأذون فيه الوطء دون الفتق فأشبه ما لو قطع يدها.

ولنا: أنه ضرر حصل من فعل مأذون فيه فلم يضمنه كأرش بكارتها ومهر مثلها وكما لو أذنت فى قطع يدها فسرى القطع إلى نفسها وفارق ما إذا أذنت فى وطئها فقطع يدها، لأن ذلك ليس من المأذون فيه ولا من ضرورته.

فصل: وإن وطئ امرأة بشبهة فأفضاها فعليه أرش إفضائها مع مهر مثلها، لأن الفعل إنما أذن فيه اعتقاداً أن المستوفى له هو المستحق فإذا كان غيره ثبت فى حقه وجوب الضمان لما أتلف كما لو أذن فى أخذ اليدين لمن يعتقد أنه مستحقة فبان أنه غيره، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: يجب لها أكثر الأمرين من مهر مثلها أو أرشها إفضائها، لأن الأرش لإتلاف العضو فلا يجمع بين ضمانه وضمان منفعته كما لو قلع عيناً.

ولنا: أن هذه جناية تنقل عن الوطء فلم يدخل بدله فيها كما لو كسر صدرها وما ذكروه غير صحيح فإن المهر يجب لاستيفاء منفعة البضع والأرش يجب لإتلاف الحاجز فلا تدخل المنفعة فيه.

فصل: وإن استطلق بول المكرهة على الزنا والموطوءة بشبهة مع إفضائهما فعليه ديتهما والمهر وقال أبو حنيفة فى الموطوءة بشبهة لا يجمع بينهما ويجب أكثرهما وقد سبق الكلام معه فى ذلك.

١٥١١ - **مسألة:** قال: **(وفى الضلع بعير وفى الترقوة بعيران)**.

ظاهر هذا أن فى كل ترقوة بعيرين فيكون فى الترقوتين أربعة أبعرة وهذا قول زيد بن ثابت(٥٩) والترقوة هو العظم المستدير حول العنق من النحر إلى الكتف ولكل واحد ترقوتان ففيهما أربعة أبعرة فى ظاهر قول الخرقى، وقال القاضى: المراد بقول الخرقى الترقوتان معًا وإنما اكتفى بلفظ الواحد لإدخال الألف واللام المقتضية للاستغراق فيكون فى كل ترقوة بعير، وهذا قول عمر بن الخطاب(٦٠) وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد وعبد الملك بن مروان

ولنا: أن هذه جناية تنفك عن الوطء فلم يدخل بدله فيها كما لو كسر صدرها وما ذكره غير صحيح فإن المهر يجب لاستيفاء منفعة البضع والأرش يجب لإتلاف الحاجز فلا تدخل المنفعة فيه.

فصل: وإن استطلق بول المكرهة على الزنا والموطوءة بشبهة مع إفضائها فعليه ديتهما والمهر، وقال أبو حنيفة فى الموطوءة بشبهة: لا يجمع بينهما ويجب أكثرهما، وقد سبق الكلام معه فى ذلك.

فصل: وفى الضلع بعير، وفى الترقوتين بعيران، روى سعيد عن مطر عن قتادة عن سليمان بن عمر وسفيان عن زيد بن أسلم عن أسلم عن عمر فى الضلع جمل والترقوة جمل، وقال الخرقى: فى الترقوة بعيران فظاهر قوله أن فى كل ترقوة بعيرين فيكون فى الترقوتين أربعة أبعرة وهذا قول زيد بن ثابت، والترقوة العظم المستدير حول العنق من النحر إلى الكتف ولكل واحد ترقوتان، وقال القاضى: المراد بقول الخرقى الترقوتان معًا وإنما اكتفى بلفظ الواحد لإدخال الألف واللام المقتضية للاستغراق فيكون فى كل ترقوة بعير وهذا قول عمر ﷺ وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد وعبد الملك بن مروان وسعيد بن جبير وقتادة

---

(٥٩) أخرجه ابن أبى شيبة فى «المصنف» فى كتاب «الديات» باب: «الضلع إذا كسر» (٦/ ٣٢٣/ ٦) عن الشعبى عن زيد بن ثابت قال: فيه عشرة دنانير، وإسناده منقطع.

(٦٠) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٩٩) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ٣٦٢/ ١٧٥٧٨).
بلفظ: «جمل» بدل من «بعير» وقال البيهقى: قال الشافعى: وبه أقول، لأنه لم يخالفه أحد من الصحابة.

وسعيد بن جبير وقتادة وإسحاق وهو قول الشافعى، والمشهور من قوليه عند أصحابه: أن فى كل واحد ممـا ذكرنا حكومة، وهو قـول مسروق وأبى حنيفـة ومالك وابن المنذر، لأنه عظم باطن لا يختص بجمـال ومنفعة فلم يجب فيه أرش مـقدر كسائر أعضاء البـدن، ولأن التقدير إنما يكون بتوقيف أو قياس صحيح وليس فى هذا توقيف ولا قياس، وروى عن الشعبى أن فى الترقوة أربعين ديناراً، وقـال عمرو بن شعيب: فى الترقوتين الدية وفى أحـدهما نصف لأنهما عضوان فيهما جمال ومنفعة وليس فى البدن غيرهما من جنسهما فكملت فيهما الدية كاليدين.

ولنا: قول عمر ﷺ وزيد بن ثابت وما ذكروه ينتقض بالهـاشمة، فإنها كسر عظام باطنة وفيها مقدر، ولا يصح قولهم: إنها لا تختص بجـمال ومنفعة، فإن جمال هذه العظام ونفعها لا يوجد فى غيرها ولا مشارك لها فيه، وأما قول عـمرو بن شعيب فمخالف للإجماع فإننا لا نعلم أحدًا قبله ولا بعده وافقه فيه.

١٥١٢- **مسألة:** قال: (وفى الزند أربعة أبعرة لأنه عظمان) .

قال القاضى: يعنى به الـزندين فيهما أربعـة أبعرة، لأن فيهما أربـعة عظام ففى كل عظم بعير، وهذا يروى عن عمـر بن الخطاب، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى: فـيه حكومة لما تقدم.

ولنا: ما روى سـعيد ثنا هشـيم ثنا يحيى بن سعـيد عن عمـرو بن شعيب أن عـمرو بن العاص كـتب إلى عمر فى أحد الزندين إذا كـسر فكتب له عمر: إن فـيه بعيريـن، وإذا كسر

وإسحاق وهـو قول للشافعى، والمـشهور من قوله عند أصـحابه أن فى كل واحد ممـا ذكرنا حكومة، وهو قول مسروق وأبى حنيفة ومالك وابن المنذر، لأنه عظم باطن لا يختص بجمال ومنفعة فلم يجب فيه أرش مقدر كسائر أعضاء البدن، ولأن التقدير إنما يكون بتوقيف أو قياس صحيح وليس فى هذا توقيف ولا قياس، وروى عن الشـعبى أن فى الترقوة أربعين ديناراً وقال عمرو بن شعيب: فى الترقوتين الدية وفى إحداهما نصـفها، لأنهما عضوان ومنفعة وليس فى البدن غيرهما من جنسهما فكملت فيهما الدية كاليدين.

ولنا: قول عمـر وزيد بن ثابت ﷺ وما ذكروه ينتقض بالهـاشمة فإنها كـسر عظام باطنة وفيها مقدر، ولا يصح قولهم: إنها لا تختص بجمال ومنفعة فإن جمال هذه العظام ونفعها لا يوجد فى غيرها ولا مشارك لها فيه، وأما قول عمرو بن شعيب فمخالف للإجماع فإنا لا نعلم أحدًا قبله ولا بعده وافقه فيه.

17- **مسألة:** (وفى كل واحد من الذراع والزند والعضو والساق بعيران) .

قال القاضى فى الزند: أربعة أبعرة، لأن فيها أربعة عظام ففى كل عظم بعير، وهذا يروى عن عمر بن الخطاب ﷺ وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى: فيه حكومة لما تقدم.

ولنا: ما روى سـعيد ثنا هشـيم أنا يحيى بن سعـيد عن عمـرو بن شعيب أن عـمرو بن

الزندين ففيهما أربعة من الإبل[٦١]، ورواه أيضًا من طريق آخر مثل ذلك وهذا لم يظهر له مخالف فى الصحابة فكان إجماعًا.

فصل: ولا مقدر فى غير هذه العظام فى ظاهر كلام الخرقى، وهو قول أكثر أهل العلم، وقال القاضى: فى عظم الساق بعيران وفى الساقين أربعة أبعرة وفى عظم الفخذ بعيران، وفى الفخذين أربعة، فهذه تسعة عظام فيها مقدر الضلع والترقوتان والزندان والساقان والفخذان وما عداها لا مقدر فيه، وقال ابن عقيل وأبو الخطاب وجماعة من أصحاب القاضى: فى كل واحد من الذراع والعضد بعيران، وزاد أبو الخطاب عظم القدم، لما روى سليمان بن يسار[٦٢] أن عمر قضى فى الذراع والعضد والفخذ والساق والزند إذا كسر واحد منها فجبر، ولم يكن به دحور - يعنى عوجًا - بعير، وإن كان فيها دحور فبحساب ذلك[٦٣] وهذ الخبر إن صح فهو مخالف لما ذهبوا إليه فلا يصلح دليلاً عليه، والصحيح إن شاء الله أنه لا تقدير فى غير الخمسة: الضلع والترقوتين والزندين لأن التقدير إنما يثبت بالتوقيف، ومقتضى الدليل

العاص كتب إلى عمر فى أحد الزندين إذا كسر فكتب إليه عمر إن فيه بعيرين، وإذا كسر الزندين ففيهما أربعة من الإبل، ورواه أيضًا من طريق آخر مثل ذلك، وهذا لم يظهر له مخالف فى الصحابة فكان إجماعًا.

فصل: ولا مقدر فى غير هذه العظام فى ظاهر قول الخرقى، وهو قول أكثر أهل العلم وقال القاضى: فى عظم الساق بعيران، وفى الساقين أربعة أبعرة، وفى الفخذ بعيران، وفى الفخذين أربعة أبعرة، فهذه تسعة عظام فيها مقدر الضلع والترقوتان والزندان والساقان والفخذان وما عداهما لا مقدر فيه، وقال ابن عقيل وأبو الخطاب وجماعة من أصحاب القاضى: فى كل واحد من الذراع والعضد بعيران، وزاد أبو الخطاب عظم القدم لما روى سليمان بن يسار أن عمر قضى فى الذراع والفخذ والساق والزند إذا كسر واحد منهما فجبر ولم يكن به دحور - يعنى عوجًا - بعير، وإن كان فيها دحور فبحساب ذلك، وهذا الخبر إن صح فهو مخالف لما ذهبوا إليه فلا يصح دليلاً عليه قال شيخنا: والصحيح إن شاء الله أنه لا تقدير فى غير الخمس الضلع والترقوتين والزندين، لأن التقدير إنما يثبت بالتوقيف ومقتضى الدليل وجوب الحكومة فى هذه العظام الباطنة كلها، وإنما خالفناه فى هذه العظام لقضاء عمر رضي الله عنه ففى ما عداه يبقى على مقتضى الدليل.

18- مسألة: (وما عدا ما ذكرنا من الجروح وكسر العظام مثل خرزة الصلب والعصى ففيه الحكومة).

---

(٦١) أخرجه ابن أبى شيبة فى «المصنف» (٦/ ٤٠٥/ ١).

(٦٢) سليمان بن يسار الهلالى، المدنى، مولى ميمونة، وقيل: أم سلمة، ثقة فاضل، أحد الفقهاء السبعة.

(٦٣) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ١٧٧٢٤).

وجوب الحكومة فى هذه العظام الباطنة كلها وإنما خالفناه فى هذه العظام لقضاء عمر ﷺ، ففيما عداها يبقى على مقتضى الدليل، وما عدا هذه العظام كعظم الظهر وغيره ففيه الحكومة ولا نعلم فيه مخالفًا، وإن خالف فهو قول شاذ لا يستند إلى دليل يعتمد عليه ولا يصار إليه.

١٥١٣- مسألة: قال: (والشجاج التى لا توقيت فيها أولها الحارصة وهى التى تحرص الجلد).

يعنى تشقه قليلاً، وقال بعضهم: هى الحارصة، ثم الباضعة، وهى التى تشق اللحم بعد الجلد، ثم البازلة وهى التى يسيل منها الدم، ثم المتلاحمة وهى التى أخذت فى اللحم، ثم السمحاق وهى التى بينها وبين العظم قشرة رقيقة، ثم الموضحة، هكذا وقع فى النسخ التى وصلت إلينا الحارصة ثم الباضعة ثم البازلة ولعله من غلط الكاتب، والصواب الحارصة ثم البازلة ثم الباضعة هكذا رتبها سائر من علمنا قوله من أهل العلم، ولأن الباضعة التى تشق اللحم بعد الجلد، فلا يمكن وجودها قبل البازلة التى يسيل منها الدم، وتسمى الدامعة لقلة سيلان دمها تشبيهًا له بخروج الدمع من العين، والتى تشق اللحم بعد الجلد يسيل منها دم كثير فى الغالب فكيف يصح جعلها سابقة على ما لا يسيل منه إلا دم يسير كدمع العين؟ ويدل على صحة ما ذكرناه أن زيد بن ثابت جعل فى البازلة بعيرًا وفى الباضعة بعيرين(٦٤) وقول الخرقى: والشجاج يعنى جراح الرأس والوجه، فإنه يسمى شجاجًا خاصة دون جراح سائر البدن، والشجاج المسماة عشر خمس منها أرشها مقدر وقد ذكرناها، وخمس لا توقيت فيها، قال الأصمعى: أولها الحارصة، وهى التى تشق الجلد قليلاً، يعنى تقشر شيئًا يسيرًا من الجلد لا يظهر منه دم ومنه حرص القصار الثوب إذا شقه قليلاً ثم البازلة وهى التى ينزل منها الدم، أى: يسيل وتسمى الدامية أيضًا والدامعة ثم الباضعة وهى التى تشق اللحم بعد الجلد، ثم المتلاحمة: وهى التى أخذت فى اللحم يعنى: دخلت فيه دخولاً كثيرًا يزيد على الباضعة ولم تبلغ السمحات، ثم السمحاق وهى التى تصل إلى قشرة رقيقة فوق العظم تسمى تلك القشرة سمحاقًا، وسميت الجراح الواصلة إليها بها ويسميها أهل المدينة الملطا والملطاة، وهى التى تأخذ اللحم كله حتى تخلص منه، ثم الموضحة وهى التى تقشر تلك الجلدة وتبدى وضح العظم أى بياضه وهى أول الشجاج الموقتة وما قبلها من الشجاج الخمس فلا توقيت فيها فى الصحيح من مذهب أحمد، وهو قول أكثر الفقهاء يروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ومالك

ولا نعلم فيها مخالفًا، وإن خالف فيها أحد فهو قول شاذ لا يستند إلى دليل يعتمد عليه ولا يصار إليه، وخرزة الصلب إن أريد بها كسر الصلب ففيه الدية، وقال القاضى: فيه حكومة، وهو مذهب الشافعى وقد ذكرناه.

---

(٦٤) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٨٤) وفيه: محمد بن راشد مقال فهو ليس مما تقوم الحجة بما ينفرد به... اهـ.

والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى، وروى عن أحمد رواية أخرى أن فى الدامية بعيرًا وفى الباضعة بعيرين وفى المتلاحمة ثلاثة، وفى السمحاق أربعة أبعرة لأن هذا يروى عن زيد بن ثابت(٦٥)، وروى عن على فى السمحاق مثل ذلك، رواه سعيد عنهما وعن عمر وعثمان فيها نصف أرش الموضحة والصحيح الأول، لأنها جراحات لم يرد فيها توقيت فى الشرع فكان الواجب فيها حكومة كجراحات البدن، وروى عن مكحول قال: قضى النبى ﷺ فى الموضحة بخمس من الإبل(٦٦) ولم يقض فيما دونها، ولأنه لم يثبت فيها مقدر بتوقيف ولا له قياس يصح فوجب الرجوع إلى الحكومة كالحارصة، وذكر القاضى، أنه متى أمكن اعتبار هذه الجراحات من الموضحة مثل أن يكون فى رأس المجنى عليه موضحة إلى جانبها قدرت هذه الجراحة منها، فإن كانت بقدر النصف وجب نصف أرش الموضحة إن كانت بقدر الثلث وجب ثلث الأرش، وعلى هذا إلا أن تزيد الحكومة على قدر ذلك، فتوجب ما تخرجه الحكومة، فإذا كانت الجراحة قدر نصف الموضحة وشينها ينقص قدر ثلثيها أوجبنا ثلثى أرش الموضحة، وإن نقصت الحكومة أقل من النصف أوجبنا النصف فتوجب الأكثر مما تخرجه الحكومة أو قدرها من الموضحة، لأنه اجتمع سببان موجبان الشين وقدرها من الموضحة فوجب بها أكثرهما لوجود سببه، والدليل على إيجاب المقدار أن هذا اللحم فيه مقدر فكان فى بعضه بمقداره من ديته كالمارن والحشفة والشفة والجفن، وهذ مذهب الشافعى وهذا لا نعلمه مذهبًا لأحمد: وما يقتضيه مذهبه ولا يصح، لأن هذه جراحة تجب فيها الحكومة فلا يجب فيها مقدر كجراحات البدن ولا يصح قياس هذا على ما ذكره فإنه لا تجب فيه الحكومة ولا نعلم لما ذكروه نظيرًا.

١٥١٤- **مسألة:** قال: (وما لم يكن فيه من الجراح توقيت ولم يكن نظيرًا لما وقتت ديته ففيه حكومة).

أما الذى فيه توقيت فهو الذى نص النبى ﷺ على أرشه وبين قدر ديته كقوله: «فى الأنف الدية وفى اللسان الدية»(٦٧) وقد ذكرناه، وأما نظيره فهو ما كان فى معناه ومقيسًا عليه كالأليتين والثديين والحاجبين، وقد ذكرنا ذلك أيضًا، فما لم يكن من الوقت ولا مما يمكن قياسه عليه كالشجاج التى دون الموضحة وجراح البدن سوى الجائفة وقطع الأعضاء وكسر العظام المذكورة، فليس فيه إلا الحكومة.

---

(٦٥) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ٨٤) وعبد الرزاق فى «مصنفه» (٩/ ١٧٣٤٢).

(٦٦) أخرجه ابن أبى شيبة فى «الديات» باب: «الوقحة ما فيها» (٦/ ٤/ ٧٧) وتقدم برقم (٥٠) فى المسألة رقم (١٥٠٤).

(٦٧) تقدم برقم (١) أول باب «الديات».

١٥١٥- **مسألة:** قال: (والحكومة أن يقوم المجنى عليه كأنه عبد لا جناية به ثم يقوم وهى به قد برأت فما نقصته الجناية فله مثله من الدية كأن تكون قيمته وهو عبد صحيح عشرة وقيمته وهو عبد به الجناية تسعة فيكون فيه عشر ديته).

هذا الذى ذكره الخرقى رحمه الله فى تفسير الحكومة قول أهل العلم كلهم لا نعلم بينهم فيه خلافًا، وبه قال الشافعى والعنبرى وأصحاب الرأى وغيرهم، قال ابن المنذر(٦٨): كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن معنى قولهم حكومة: أن يقال إذا أصيب الإنسان بجرح لا عقل له معلوم كم قيمة هذا المجروح لو كان عبدًا لم يجرح هذا الجرح، فإذا قيل: مائة دينار، قيل: وكم قيمته، وقد أصابه هذا الجرح وانتهى برؤه؟ قيل: خمسة وتسعون، فالذى يجب على الجانى نصف عشر الدية، وإن قالوا تسعون فعشر الدية، وإن زاد أو نقص فعلى هذا المثال، وإنما كان كذلك لأن جملته مضمونة بالدية فأجزاؤه مضمونة منها، كما أن المبيع لما كان مضمونًا على البائع بالثمن كان أرش عيبه مقدرًا من الثمن، فيقال: كم قيمته لا عيب فيه فقالوا: عشرة: فيقال: كم قيمته وفيه العيب؟ فإذا قيل: تسعة علم أنه نقص عشر قيمته فيجب أن ترد من الثمن عشره أى قدر كان ونقدره عبدًا ليمكن تقويمه ونجعل العبد أصلاً للحر فيما لا موقت فيه والحر أصلاً للعبد فيما فيه توقيت.

19- **مسألة:** (الحكومة أن يقوم المجنى عليه كأنه عبد لا جناية به ثم يقوم وهى به قد برأت فما نقص فله مثله من الدية فإن كان قيمته وهو صحيح عشرون وقيمته وبه الجناية تسعة عشر ففيه نصف عشر ديته).

وهذا الذى ذكره فى تفسير الحكومة قول أهل العلم لا نعلم بينهم فيه خلافًا، وبه قال الشافعى والعنبرى وأصحاب الرأى وغيرهم، قال ابن المنذر: كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن معنى قولهم: حكومة أن يقال: إذا أصيب الإنسان بجرح لا عقل له معلوم كم قيمة هذا الجرح لو كان عبدًا لم يجرح هذا الجرح؟ فإذا قيل: مائة دينار، قيل: وكم قيمته وقد أصابه هذا الجرح وانتهى برؤه؟ قيل: خمسة وتسعون فالذى يجب على الجانى نصف عشر الدية، وإن قالوا: تسعون فعشر الدية، وإن زاد أو نقص فعلى هذا المثال، وإنما كان كذلك، لأن جملته مضمونة بالدية فأجزاؤه مضمونة منها كما أن المبيع لما كان مضمونًا على البائع بالثمن كان أرش عيبه مقدراً من الثمن، فيقال: كم قيمته لا عيب فيه؟ فإذا قالوا: عشرة فيقال: كم قيمته وفيه العيب؟ فإذا قيل: تسعة علم أنه نقص عشر قيمته فيجب أن يرد من الثمن عشره أى قدر كان، ونقدره عبدًا ليمكن تقويمه ويجعل العبد أصلاً للحر فيما لا موقت فيه والحر أصلاً للعبد فيما فيه توقيت فى المشهور من المذهب.

20- **مسألة:** (إلا أن يكون فى شىء فيه مقدر فلا يبلغ به أرش المقدر فإن كانت فى

---

(٦٨) انظر الإجماع لابن المنذر (ص١٤٠/ ٦٩٧).

١٥١٦- **مسألة:** قال: (وعلى هذا ما زاد من الحكومة أو نقص إلا أن تكون الجناية فى رأس أو وجه فيكون أسهل مما وقت فيه فلا يجاوز به أرش الموقت).

يعنى: لو نقصته الجناية أكثر من عشر قيمته لوجب أكثر من عشر ديته ولو نقصته أقل من العشر مثل أن نقصته نصف عشر قيمته لوجب نصف عشر ديته إلا إذا شجه دون الموضحة، فبلغ أرش الجراح بالحكومة أكثر من أرش الموضحة لم يجب الزائد، فلو جرحه فى وجهه سمحاقًا فنقصته عشر قيمته فمقتضى الحكومة وجوب عشر من الإبل ودية الموضحة خمس فههنا يعلم غلط المقوم، لأن الجراحة لو كانت موضحة لم تزد على خمس مع أنها سمحاق وزيادة عليها فلأن لا يجب فى بعضها زيادة على خمس أولى، وهذا قول أكثر أهل العلم، وبه يقول الشافعى وأصحاب الرأى، وحكى عن مالك أنه يجب ما تخرجه الحكومة كائنًا ما كان، لأنها جراحة لا مقدر فيها، فوجب فيها ما نقص كما لو كانت فى سائر البدن.

ولنا: أنها بعض الموضحة لأنه لو أوضحه لقطع ما قطعته هذه الجراحة ولا يجوز أن يجب فى بعض الشىء أكثر مما يجب فيه، ولأن الضرر فى الموضحة أكثر والشين أعظم

الشجاج التى دون الموضحة لم يبلغ بها أرش الموضحة، فلو جرحه فى وجهه سمحاقًا فنقصته عشر قيمته فمقتضى الحكومة وجوب عشر من الإبل ودية الموضحة خمس).

فههنا يعلم غلط المقوم، لأن الجراحة لو كانت موضحة لم يزد على خمس مع أنها سمحاق وزيادة عليها فلأن لا يجب فى بعضها زيادة على خمس أولى، وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول الشافعى وأصحاب الرأى، وحكى عن مالك أنه يجب ما تخرجه الحكومة كائنًا ما كان، لأنها جراحة لا مقدر فيها فوجب فيها ما نقص كما لو كانت فى سائر البدن.

ولنا: أنها بعض الموضحة، لأنه لو أوضحه لقطع ما قطعته هذه الجراحة ولا يجوز أن يجب فى بعض الشىء أكثر مما يجب فيه، ولأن الضرر فى الموضحة أكبر والشين أعظم والمحل واحد فإذا لم يزد أرش الموضحة على خمس كل ذلك تنبيهًا على أن لا يزاد ما دونها عليها، وأما سائر البدن فما كان فيه موقت كالأعضاء والعظام المعلومة والجائفة فلا يزاد جرح عظم على ديته، مثاله جرح أنملة فبلغ أرشها بالحكومة خمسًا من الإبل فإنه يرد إلى دية الأنملة، وإن كان فى أصبع فبلغ ما زاد على العشر بالحكومة رد إلى العشر، وإن جنى عليه فى جوفه دون الجائفة لم يزد على أرش الجائفة، وما لم يكن كذلك وجب ما أخرجته الحكومة، لأن المحل مختلف، فإن قيل: فقد وجب فى بعض البدن أكثر مما وجب فى جميعه، ووجب فى منافع اللسان أكثر من الواجب فيه، قلنا: إنما وجبت دية النفس دية عن الروح وليست الأطراف بعضها بخلاف مسألتنا، هذا ذكره القاضى ويحتمل كلام الخرقى أن يختص امتناع الزيادة بالرأس والوجه لقوله: إلا أن تكون الجناية فى وجه أو رأس فلا يجاوز به أرش الموقت.

والمحل واحـد فإذا لم يزد أرش الموضـحة على خمس كـان ذلك تنبيهًـا على أن لا يزيد ما دونها عليها، وأما سائر البدن فما كان فيه موقت كالأعضاء والعظام المعلومة والجائفة فلا يزاد جرح عظم على ديته مثاله جرح أنملة فبلغ أرشـها بالحكومة خمسًا من الإبل فإنه يرد إلى دية الأنملة، وإن جنى عليه فى جـوفه دون الجائفة لم يزد على أرش الجائفـة وما لم يكن كذلك وجب ما أخرجته الحكومة، لأن المحل مختلف، فإن قـيل: فقد وجب فى بعض البدن أكثر مما وجب فى جميعـه ووجب فى منافع اللسان أكثر من الواجب فيه؟ قلـنا: إنما وجـبت دية النفس عوضًا عن الروح وليست الأطراف بعضها ببخـلاف مسألتنا هذه ذكره القاضى، ويحتمل كلام الخـرقى أن يختص امتناع الزيادة بالرأس والوجـه لقوله إلا أن تكون الجناية فى رأس أو وجه فلا يجاوز به أرش الموقت.

فصل: وإذا أخرجت الحكومة فى شجاج الرأس التى دون الموضحة قدر أرش الموضحة أو زيادة عليه فظاهر كلام الخرقى أنه يجب أرش المـوضحة، وقال القاضى: يجب أن تنقص عنها شيئًا حسب ما يؤدى إليها الاجتهاد، وهذا مذهب الشافعى لئلا يجب فى بعضها ما يجب فى جميعها، ووجه قول الخرقى أن مقـتضى الدليل وجوب ما أخرجته الحكومة، وإنما سقط الزائد على أرش المـوضحة لمـخالفتـه النص أو تنبيـه النص ففيـما لم يزد يجب البـقاء على الأصل، ولأن ما ثبت بالتـنبيه يجـوز أن يساوى المنصوص عليـه فى الحكم ولا يلزم أن يزيد عليه كمـا أنه لما نص على وجوب فدية الأذى فى حق المعـذور ولم تلزم زيادتها فى حق من لا عذر له ولا يمـتنع أن يجب فى البعض مـا يجب فى الكل بدليل وجوب دية الأصـابع مثل دية اليد كلها، وفى حشفة الذكر مثل ما فى جميعه، فإن قيل: هذا وجب بالتقدير الشرعى لا بالتـقويم؟ قـلـنا: إذا ثبت الحكم بنص الشارع لم يمتنع ثبوت مثله بالقـياس عليه والاجتهاد المؤدى إليه.

فـصل: إذا خرجت الحكومة فى شجاج الرأس التى دون الموضحة قدر أرش الموضحة أو زيادة عليه، فظاهر كلام الخرقى أنه يجب أرش الموضحة، وقال القاضى: يجب أن ينقص عنها شيئًا على حسب ما يؤدى إليه الاجتهاد، وهذا مذهب الشافعى وهو الذى ذكره شيخنا فى كتـاب الكافى والمقنع لئلا يجب فى بعـضها مـا يجب فى جميـعها، ووجه قـول الخرقى أن مقتضى الدليل وجوب ما أخرجت الحكومة، وإنما سقط الزائد على أرش الموضحة لمخالفته النص أو تنبيـه النص ففيـما لم يزد يجب البقـاء على الأصل، ولأن ما ثبت بالتنبيـه يجوز أن يساوى المنصوص عليه فى الحكم، ولا يلزم أن يزيد عليه كـما أنه لما نص على وجوب فدية الأدنى فى حق المعذور لم يلزم زيادتها فى حـق ثم لا عذر له ولا يمتنع أن يجب فى البعض ما يجب فى الكل بدليل وجوب دية الأصـابع مثل دية اليد كلها وفى حشفـة الذكر مثل ما فى جميعه، فإن قيل: هذا واجب بالتقدير الشرعى لا بالتقويم، قلنا: إذا ثبت الحكم بنص الشارع لم يمتنع ثبوت مثله بالقياس عليه والاجتهاد المؤدى إليه.

وفى الجملة فالحكومة دليل ترك العمل بها فى الزائد لمعنًى مفقود فى المساوى فيجب العمل فيه بها لعدم المعارض ثم وإن صح ما ذكروه فينبغى أن ينقص أدنى ما تحصل به المساواة المحذورة ويجب الباقى عملاً بالدليل الموجب له، والله أعلم.

فصل: ولا يكون التقويم إلا بعد برء الجرح، لأن أرش الجرح المقدر إنما يستقر بعد برئه فإن لم تنقصه الجناية شيئًا بعد البرء مثل أن قطع أصبعًا أو يدًا زائدة أو قلع لحية امرأة فلم ينقصه ذلك بل زاده حسنًا فلا شىء على الجانى، لأن الحكومة لأجل جبر النقص ولا نقص ههنا فأشبه ما لو لطم وجهه فلم يؤثر، وإن زادته الجناية حسنًا فالجانى محسن بجنايته فلم يضمن كما لو قطع سلعة أو ثؤلولاً وبط خراجًا، ويحتمل أن يضمن قال القاضى نص أحمد على هذا لأن هذا جزء مضمون فلم يعر عن ضمان كما لو أتلف مقدر الأرش فازداد به جمالاً أو لم ينقصه شيئًا، فعلى هذا يقوم فى أقرب الأحوال إلى البرء، لأنه لما سقط اعتبار قيمته بعد برئه قوم فى أقرب الأحوال إليه كولد المغرور لما تعذر تقويمه فى البطن قوم عند الوضع لأنه أقرب الأحوال التى أمكن تقويمه إلى كونه فى البطن، وإن لم ينقص فى تلك الحال قوم والدم جار لأنه لا بد من نقص للخوف عليه، ذكره القاضى ولأصحاب الشافعى وجهان كما ذكرنا، وتقوم لحية المرأة كأنها لحية رجل فى حال ينقصه ذهاب لحيته، وإن أتلف سنًا زائدة قوم وليس له سن ولا خلفها أصلية ثم يقوم وقد ذهبت الزائدة، فإن كانت المرأة إذا قدرناها ابن عشرين نقصها ذهاب لحيتها يسيرًا، وإن قدرناها ابن أربعين نقصها كثيرًا قدرناها ابن عشرين لأنه أقرب الأحوال إلى حال المجنى عليه فأشبه تقويم الجرح الذى لا ينقص بعد الاندمال فإنا نقومه فى أقرب أحوال النقص إلى حال الاندمال، والأول أصح إن شاء الله فإن

وفى الجملة فالحكومة دليل على ترك العمل بها فى الزائد لمعنى مقصود فى المساوى فيجب العمل بها لعدم المعارض، ثم وإن صح ما ذكروه فينبغى أن ينقص أدنى ما تزول به المساواة المحدودة ويجب الباقى عملاً بالدليل الموجب له.

فصل: ولا يكون التقويم إلا بعد برء الجرح، لأن أرش الجرح المقدر إنما يستقر بعد برئه.

21- **مسألة:** فإن كانت الجراحة مما لا تنقص شيئًا بعد الاندمال مثل أن قطع أصبعًا زائدة أو يدًا أو قطع لحية امرأة فلم ينقصه ذلك بل زاده حسنًا فالجانى محسن بجنايته فلم يضمن كما لو قطع سلعة أو ثؤلولاً أو بط خراجًا، ويحتمل أن يضمن، قال القاضى: نص عليه أحمد على هذا، لأن هذا جزء من مضمون فلم يعبر عن ضمان كما لو أتلف مقدر الأرش فزاد به جمالاً أو لم ينقصه شيئًا فعلى هذا يقوم فى أقرب الأحوال إلى البرء، لأنه لما سقط اعتبارًا قيمته بعد برئه قوم فى أقرب الأحوال إليه كولد المغرور لما تعذر تقويمه فى البطن قوم عند الوضع، لأنه أقرب الأحوال التى أمكن تقويمه إلى كونه فى البطن.

هذا لا مقدر فيه ولم ينـقص شيئًا فأشبه الضرب، وتضمـين النقص الحاصل حال جريان الدم إنما هو تضمين الخوف عليه وقد زال فأشبه مـا لو لطمه فاصفر لونه حال اللطمة أو احمر ثم زال ذلك، وتقدير المرأة رجلاً لا يصح، لأن اللحية زين للرجل وعـيب فيها وتقدير ما يعيب بما يزين لا يصح، وكذلـك تقدير السن فى حالة إيراد زوالها بحالـة تكره لا يجوز فإن الشيء يقدر بنظيره ويقـاس على مثله لا على ضده ومن قال بهذا الوجه فـإنما يوجب أدنى ما يمكن إيجابه وهو أقل نقص يمكن تقديره.

فــصل: وإن لطمه على وجهــه فلم يؤثر فى وجهه فلا ضمـان عليه، لأنه لم ينقص به جمال ولا منفـعة ولم يكن له حال ينقص فيها فلم يضـمنه كما لو شتمـه، وإن سود وجهه أو خضره ضمنه بديته لأنه فوت الجمال على الكمال فضمنه بديته كما لو قطع أذنى الأصم وأنف الأخشم، وقال الشافعى: ليس فيه إلا حكومة لأنه لا مـقدر فيه ولا هو نظير لمقدر وقد ذكرنا أنه نظير لقطع الأذنين فى ذهاب الجمـال بل هو أعظم فى ذلك فيكون بإيجاب الدية أولى وإن زال السواد يرد ما أخذه لزوال سبب الضمان وإن زال بعضه وجبت فيه حكومة ورد الباقى وإن صفر وجهه أو حمره ففيه حكـومة، لأن الجمال لم يذهب على الكمال وهذا يشبه ما لو سود سنه أو غير لونه على ما ذكرنا من التفصيل فيها.

١٥١٧- مسألة: قال: **(وإن كانت الجناية على العبد مما ليس فيه شيء موقت فى الحر ففيـه ما نقصه بعد التـئام الجرح وإن كان فيـما جنى عليه شيء موقت فى الحر فـهو موقت فى**

22- مسألة: (فإن لم ينقص فى تلك الحال قوم حال جريان الدم).

لأنه لا بد من نقص للخوف عليه ذكـره القاضى ولأصحاب الشافعى وجهـان كما ذكرنا، وتقوم لحيـة المرأة كأنها لحيـة رجل فى حال تنقصه ذهاب لحيـته، وإن أتلف سنّا زائدة قوم وليـست له سن زائدة ولا خلفـها أصليـة ثم يقوم وقـد ذهبت الزائدة، فـإن كانت المـرأة إذا قدرناها ابن عشرين نقصهـا ذهاب لحيتها يسيرًا، وإن قدرناها ابن أربعين نقصـها كثيرًا قدرناها ابن عشرين، لأنــه أقرب الأحوال إلى حال المجنى علـيه فأشبه تقـويم الجرح الذى لا ينقص بعد الاندمال فإننا نقومه فى أقـرب أحوال النقص إلى حال الاندمال، والأول أصح إن شاء الله تعالى، فإن هذا لا مقدر فيـه ولم ينقص شيئًا فأشبه ما لو لطمه فاصـفر وجهه حالة اللطمة أو احمر ثم زال، وتقدير المرأة رجلاً لا يصح، لأن اللحية زين الرجل وعيب على المرأة وتقدير ما يعـيب بما يزين لا يصح، وكذلك تقـدير السن فى حالة يراد زوالها بحـالة يكره لا يجوز، فإن الشيء يقدر بنظيره ويقاس على مثله لا على ضده، ومن قال بهذا الوجه فإنما يوجب أدنى ما يمكن إيجابه وهو أقل نقص يمكن تقديره.

فصل: فإن لطمه على وجهه فلم يؤثر فى وجهه فلا ضمان ، لأنه لم ينقص به جمال ولا منفعة ولم يكن له حال ينقص فيها فلم يضمنه كما لو شتمه.

العبد ففى يده نصف قيمته وفى موضحته نصف عشر قيمته نقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر وهكذا الأمة).

وجملته: أن الجناية على العبد يجب ضمانها بما نقص من قيمته، لأن الواجب إنما وجب جبرًا لما فات بالجناية ولا ينجبر إلا بإيجاب ما نقص من القيمة فيجب ذلك كما لو كانت الجناية على غيره من الحيوانات وسائر المال، ولا يجب زيادة على ذلك، لأن حق المجنى عليه قد انجبر فلا يجب له زيادة على ما فوته الجانى عليه هذا هو الأصل، ولا نعلم فيه خلافًا فيما ليس فيه مقدر شرعى، فإن كانت الفائتة بالجناية مؤقتًا فى الحر كيده وموضحته ففيه عن أحمد روايتان: إحداهما: أن فيه أيضًا ما نقصه بالغًا ما بلغ، وذكر أبو الخطاب أن هذا اختيار الخلال وروى الميمونى عن أحمد أنه قال: إنما يأخذ قيمة ما نقص منه على قول ابن عباس وروى هذا عن مالك فيما عدا موضحته ومنقلته وهاشمته وجائفته لأن ضمانه ضمان الأموال فيجب فيه ما نقص كالبهائم، ولأن ما ضمن بالقيمة بالغًا ما بلغ ضمن بعضه مما نقص كسائر الأموال، ولأن مقتضى الدليل ضمان الفائت بما نقص خالفناه فيما وقت فى الحر كما خالفناه فى ضمان بقيته بالدية المؤقتة ففى العبد يبقى فيهما على مقتضى الدليل، وظاهر المذهب أن ما كان موقتًا فى الحر فهو موقت فى العبد ففى يده أو عينه أو أذنه أو شفته نصف قيمته وفى موضحته نصف عشر قيمته وما أوجب الدية فى الحر كالأنف واللسان واليدين والرجلين والعينين والأذنين أوجب قيمة العبد مع بقاء ملك السيد عليه روى هذا عن على ﷺ(٦٩) وروى نحوه عن سعيد بن المسيب(٧٠) وبه قال ابن سيرين وعمر بن عبد العزيز والشافعى والثورى وبه قال أبو حنيفة، قال أحمد: هذا قول سعيد بن المسيب وقال آخرون: ما أصيب به العبد فهو على ما نقص من قيمته، والظاهر أن هذا لو كان قول على ما احتج أحمد فيه إلا به دون غيره إلا أن أبا حنيفة والثورى قالا: ما أوجب الدية من الحر يتخير سيد العبد فيه بين أن يغرمه قيمته ويصير ملكًا للجانى وبين أن لا يضمنه شيئًا لئلا يؤدى إلى اجتماع البدل والمبدل لرجل واحد، وروى عن إياس بن معاوية فيمن قطع يد عبد عمدًا أو فقأ عينه هو له وعليه ثمنه.

ووجه هذه الرواية: قول على ﷺ: ولم نعرف له فى الصحابة مخالفًا، ولأنه آدمى يضمن بالقصاص والكفارة فكان فى أطرافه مقدر كالحر، ولأن أطرافه فيها مقدر من الحر فكان فيها مقدر من العبد كالشجاج الأربع عند مالك وما وجب فى شجاجه مقدر وجب فى أطرافه مقدار كالحر، وعلى أبى حنيفة قول على، ولأن هذه الأعضاء فيها مقدر فوجب ذلك فيها مع بقاء ملك السيد فى العبد كاليد الواحدة وسائر الأعضاء، ولأن من ضمنت يده بمقدر ضمنت

---

(٦٩) أخرجه ابن أبى شيبة فى «المصنف» من كتاب «الديات» باب «العبد يجنى الجناية» (٦/ ٣٢٨/ ١) من طريق الشعبى عن الحارث عن على. . . به والحارث هو الأعور وهو ضعيف.

(٧٠) أخرجه البيهقى فى «السنن الكبرى» (٨/ ١٠٤) عن سعيد بن المسيب.

يداه بمثليه من غير أن يملكه كالحر، وقولهم: إنه اجتمع البدل والمبدل لواحد ليس بصحيح، لأن القيمة هـهنا بدل العضـو وحده ولو كان بدلاً عن الجملة لكان بدل اليد الواحدة بدلاً عن نصفه وبدل تسع أصابع بدلاً من تسـعة أعشاره والأمر بخلافه، والأمـة مثل العبد فى ذلك إلا أنها تشبـه بالحرة وإذا بلغت ثلث قيمتـها احتمل أن جنايتهـا ترد إلى النصف فيكون فى ثلاث أصابع ثلاثة أعشار قيـمتها وفى أربعة أصابع خمسها كـما أن المرأة تساوى الرجل فى الجراح إلى ثلث ديتها، فإذا بلغت الثلث ردت إلى النصف والأمة امرأة فيكون أرشها من قيمتها كأرش الحرة، ويحـتمل أن لا يرد إلى النصف لأن ذلك فى الحـرة على خلاف الأصل لكون الأصل زيادة الأرش بزيادة الجناية وأن كلما زاد نقصها وضـررها زاد فى ضمانها؟ فإذا خولف هذا فى الحرة بقينا فى الأمة على وفق الأصل.

فـصـل: وإذا جنى على العبد فى رأس أو وجـه دون الموضحة فنقصته أكـثر من أرشها وجب ما نقـصته، ويحتمل أن يرد إلى نصف عشر قيمـته كالحر إذا زاد أرش شجته التى دون الموضحة على نصف عشر ديته والأول أولى لأن هذه جراحة لا موقت فيها فكان الواجب فيها ما نقص كما لو كانت فى غير رأسه ولأن الأصل وجوب ما نقص خولف فى المقدر ففى هذا يبقى على الأصل.

١٥١٨- **مسألة:** قال: **(وإن كان المقتول خنثى مشكلاً ففيه نصف دية ذكر ونصف دية أنثى)**.

وهذا قول أصحاب الرأى، وقال الشافعى: الواجب دية أنثى لأنها اليقين فلا يجب الزائدة بالشك ولنا أنه يحتمل الذكورية والأنـوثية احتمالاً واحدًا وقد يئسنا من انكشـاف حاله فيجب التوسط بينهما والعمل بكلا الاحتمالين.

فـصل: فأما جراحه فما لم يبلغ ثلـث الدية ففيه دية الجراح جرح الذكر، لاستواء الذكر والأنثى فى ذلك وإن زاد على الثلث مثل قطع يده ففيـه ثلاثة أرباع دية يد الذكر سبعة وثلاثون بعيرًا ونصف ويقاد به الذكر والأنثى لأنهما لا يختلفان فى القود ويقاد هو بكل واحد منهما.

١٥١٩- **مسـألة:** قـال: **(وإن كان المجنى عليـه نصفه حر ونصفه عـبد فلا قود وعلى الجانى إن كان عمدًا نصف دية حر ونصف قيمته وهكذا فى جراحه وإن كان خطأً فعليه نصف قيمته وعلى عاقلته نصف الدية)**.

يعنى لا قود على قاتله إذا كان نصفه حـرّا لأنه ناقص بالرق فلم يقتل به الحر كما لو كان كله رقيقًا، وإن كان قاتله عبدًا قتل به، لأنه أكمل من الجانى وإن كان نصف القاتل حرّا وجب القود لتسـاويهما وإن كانت الحرية فى القاتل أكـثر لم يجب القود لعدم المسـاواة بينهما وفى ذلك كله إذا لم يكن القاتل عبدًا فعليه نصف دية حر ونصف قـيمته إذا كان عمدًا، لأن العاقلة لا تحمل العمد وإن كـان خطأً ففى ماله نصف قيمته، لأن العـاقلة لا تحمل على العبد وعلى عاقلته نصف الدية لأنها دية حر فى الخطأ والعاقلة تحمل ذلك، وهكذا الحكم فى جراحه إذا

كان قدر الدية من أرشها يبلغ ثلث الدية مثل أن يقطع أنفه أو يديه، وإن قطع إحدى يديه فعقل جميعها على الجانى فى ماله، لأن عليه نصف دية اليد وهو ربع ديته لأجل حرية نصفه وذلك دون ثلث الدية وعليه ربع قيمته.

فصل: ودية الأعضاء كدية النفس، فإن كان الواجب من الذهب أو من الورق لم يختلف بعمد ولا خطأ، وإن كان من الإبل وجب فى العمد أرباعًا على إحدى الروايتين، وفى الأخرى يجب خمس وعشر منها حقاق وخمس وعشر جذاع وخمساها خلفات، وفى الخطأ يجب أخماسًا فإن لم يمكن مثل أن يوضحه عمدًا فإنه يجب أربعة أرباعًا والخامس من أحد الأجناس الأربعة قيمته ربع قيمة الأربع، وإن قلنا بالرواية الأخرى وجب خلفتان وحقة وجذعة وبعير قيمته نصف قيمة حقة ونصف قيمة جذعة، وإن كان خطأ وجب الخمس من الأجناس الخمسة من كل جنس بعير وإن كان الواجب دية أنملة، وقلنا: يجب من ثلاثة أجناس وجب بعير وثلث من الخلفات وحقة وجذعة ، وإن قلنا: أرباعًا وجب ثلاثة وثلث قيمتها نصف قيمة الأربعة وثلثها، وإن كان خطأ فقيمتها ثلثا قيمة الخمس وعند أصحابنا قيمة كل بعير مائة وعشرون درهمًا، أو عشرة دنانير ولا فائدة فى تعيين أسنانها فإن اختلفت قيمة الدنانير والدراهم مثل أن كانت العشرة دنانير تساوى مائة درهم فقياس قولهم أنه إذا جاء بما قيمته عشرة دنانير لزم المجنى عليه قبوله، لأنه لو جاءه بالدنانير لزمه قبولها فيلزمه قبول ما يساويها، والله أعلم.

باب العاقلة وما تحمله

(عاقلة الإنسان عصباته كلهم قريبهم وبعيدهم من النسب والولاء إلا عمودى نسبه آباؤه وأبناؤه وعنه أنهم العاقلة أيضًا).

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى العاقلة فروى عنه أنهم جميع العصبات من النسب والولاء يدخل فيهم الآباء والأبناء والإخوة وسائر العصبات من العمومة وأبنائهم اختاره أبو بكر والشريف أبو جعفر، وهو مذهب مالك وأبى حنيفة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قضى رسول الله ﷺ أن عقل المرأة بين عصبتها من كانوا لا يرثون منها شيئًا إلا ما فضل من ورثتها، وإن قتلت فعقلها بين ورثتها[1]، رواه أبو دواد، ولأنهم عصبة فأشبهوا سائر العصبات، يحققه أن العقل موضوع على التناصر وهو من أهله، ولأن العصبة فى تحمل العقل كهم فى الميراث فى تقديم الأقرب فالأقرب وأبناؤه وآباؤه أحق العصبات بميراثه فكانوا أولى بتحمل عقله، وفيه رواية ثانية: أن الآباء والأبناء ليسوا العاقلة وهو قول الشافعى لما روى أبو هريرة قال: اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم، متفق عليه[2]، وفى رواية: ثم ماتت القاتلة فجعل رسول الله ﷺ ميراثها لبنيها والعقل على العصبة[3]، وفى رواية عن جابر بن عبد الله قال: فجعل رسول الله ﷺ دية المقتولة على قاتلها وبرأ زوجها وولدها قال: فقالت عاقلة المقتولة ميراثها لنا فقال رسول الله ﷺ: «ميراثها لزوجها وولدها» رواه أبو داود[4]، إذا ثبت هذا فى الأولاد قسنا عليه الوالد، لأنه فى معناه ولأن مال ولده ووالده كماله، ولهذا لم تقبل شهادتهم له ولا شهادته لهم ووجب على كل واحد منهم الإنفاق على الآخر إذا كان محتاجًا والآخر موسرًا فلا يجب فى ماله دية كما لم تجب فى مال القاتل، وفيه رواية ثالثة: أن الإخوة ليسوا من العاقلة كالوالد والولد وهى ظاهر كلام الخرقى وغيره من أصحابنا يجعلونهم من العاقلة بكل حال ولا نعلم عن غيرهم خلافهم.

فصل: **فإن كان الولد ابن ابن عم أو كان الوالد والولد مولى أو عصبه مولى فإنه يعقل فى**

(1) أخرجه أبو داود فى «سننه» (٤/ ٤٥٦٤) وأحمد فى «مسنده» (٧٠٩٢) وإسناده صحيح.
(2) متفق عليه، وتقدم تخريجه برقم ( ) من كتاب الديات.
(3) أخرجه أبو داود (٤/ ٤٥٧٥) وابن ماجه (٢/ ٢٦٤٨) من حديث جابر بن عبد الله وإسناده صحيح.
(4) أخرجه أبو داود (٤/ ح٤٥٧٥) وابن ماجه (٢/ ح٢٦٤٨) وإسناده صحيح.

ظاهر كلام أحمد، قاله القاضى، وقال أصحاب الشافعى: لا يعقل، لأنه والد وولد فلم يعقل كما لم يكن كذلك.

ولنا: أنه ابن ابن عم أو مولى فيعقل كما لو لم يكن ولدًا، وذلك لأن هذه القرابة أو الولاء سبب يستقل بالحكم منفردًا فإذا وجد مع ما لا يثبت الحكم أثبته كما لو وجد مع الرحم المجرد، ولأنه يثبت حكمه فى القرابة الأخرى بدليل أنه يلى نكاحها مع أن الابن لا يلى النكاح عندهم.

فصل: وسائر العصبات من العاقلة بعدوا أو قربوا من النسب والمولى وعصبته، وبهذا قال عمر بن عبد العزيز والنخعى وحماد ومالك والشافعى ولا أعلم عن غيرهم خلافهم، وذلك لأنهم عصبة يرثون المال إذا لم يكن وارث أقرب منهم فيدخلون فى العقل كالقريب، ولا يعتبر أن يكونوا وارثين فى الحال بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا لأن النبى ﷺ قضى بالدية بين عصبة المرأة من كانوا لا يرثون منه إلا ما فضل عن ورثتها، ولأن الموالى من العصبات فأشبهوا المناسبين.

فصل: العاقلة من يحمل العقل والعقل الدية، سميت عاقلة لأنها تعقل لسان ولى المقتول وقيل: إنما سميت العاقلة، لأنهم يمنعون عن القاتل والمنع العقل ولهذ سمى بعض العلوم عقلاً، لأنه يمنع من الإقدام من المضار، ولا خلاف بين أهل العلم فى أن العاقلة العصبات، وإن غيرهم من الأخوة من الأم وسائر ذوى الأرحام والزوج وكل من عدا العصبات ليسوا من العاقلة ولا يعقل المولى من أسفل وبه قال أبو حنيفة وأصحاب مالك وقال الشافعى فى أحد قوليه: يعقل، لأنهما شخصان يقتل أحدهما صاحبه فيقتل الآخر عنه كالآخرين.

ولنا: أنه ليس بعصبة له ولا وارث فلم يعقل عنه كالأجنبى وما ذكروه يبطل بالذكر مع الأنثى والصغير مع الكبير والعاقل مع المجنون.

فصل: ولا يعقل مولى الموالاة وهو الذى يوالى رجلاً يجعل له ولاءه ونصرته، ولا الحليف وهو الرجل يحالف آخر على أن يتناصرا على دفع الظلم ويتضافرا على من قصدهما أو قصد أحدهما، ولا العديد، وهو الذى لا عشيرة له ينضم إلى العشيرة فيعد نفسه منهم، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: يعقل مولى الموالاة ويرث، وقال مالك: إذا كان الرجل فى غير عشيرته فعقله على القوم الذين هو معهم.

ولنا: أنه معنى يتعلق بالتعصيب فلا يستحق بذلك كولاية النكاح.

فصل: ولا مدخل لأهل الديون فى العاقلة، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: يتحملون جميع الدية فإن عدموا فالأقارب حينئذ يعقلون، لأن عمر رضي الله عنه جعل الدية على أهل الديوان فى الأعطية إلى ثلاث سنين.

ولنا: أن النبى ﷺ قضى بالدية على عصبة القاتلة، ولأنه معنى يستحق به الميراث فلم يحمل به العقل كالجوار واتفاق المذاهـب وقضاء النبى ﷺ أولى من قضاء عمر على أنه إن صح ما ذكر عنه فيحتمل أنهم كانوا عشيرة القاتل.

1- **مسألة:** (**وليس على فقير ولا صبى ولا زائل العقل ولا امرأة ولا خنثى مشكل ولا رقيق ولا مخالف لدين الجانى حمل شيء من الدية وعنه أن الفقير يحمل من العقل**).

أكثر أهل العلم على أنه لا مدخل لأحد من هؤلاء فى تحمل العقل، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المرأة والصبى الذى لم يبلغ لا يعقلان مع العاقلة وأجمعوا على أن الفقير لا يلزمه شيء، وهذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى، وحكى بعض أصحابنا عن مالك وأبى حنيفة أن للفقير مدخلاً فى التحمل، وعن أحمد مثل ذلك وحكاها أبو الخطاب، لأنه من أهل النصرة فكان من العاقلة كالغنى، والصحيح الأول، لأن تحمل العقل مواساة فلا تلزم الفقير كالزكاة، ولأنها وجبت على العاقلة تخفيفًا على القاتل فلا يجوز التثقيل بها على من لا جناية منه وفى إيجابها على الفقير تثقيل عليه وتكليف له لا يقدر عليه، ولأننا أجمعنا على أنه لا يكلف أحد من العاقلة ما يثقل عليه ويجحف به وتحميل الفقير شيئًا منها يثقل عليه ويجحف بماله وربما كان الواجب عليه جميع ماله أو أكثر منه أو لا له شيء أصلاً، وأما الصبى والمجنون والمرأة فلا يحملون منها، لأن فيها معنى التناصر وليس هم من أهل النصرة وكذلك المخالف فى الدين ليس هو من أهل النصرة أيضًا.

2- **مسألة:** (**ويحمل الغائب كما يحمل الحاضر**).

وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك: يختص به الحاضر، لأن التحمل بالنصرة وإنما هى من الحاضرين، ولأن فى قسمه على الجميع مشقة وعن الشافعى كالمذهبين.

ولنا: الخبر وأنهم استووا فى التعصيب والإرث فاستووا فى تحمل العقل كالحاضرين، ولأنه معنى يتعلق بالتعصيب فاستوى فيه الحاضر والغائب كالميراث والولاية.

فصل: ويعقل المريض إذا لم يبلغ حد الزمانة، والشيخ إذا لم يبلغ حد الهرم، لأنهما من أهل النصرة والمواساة، وفى الزمن والشيخ الفانى وجهان: أحدهما: لا يعقلان لأنهما ليسا من أهل النصرة ولهذا لا يجب عليهما الجهاد ولا يقتلان إذا كانا من أهل الحرب، وكذلك يخرج من الأعمى، لأنه منتقض بالصبى والمجنون ومذهب الشافعى كمذهبنا.

3- **مسألة:** (**وخطأ الإمام والحاكم فى أحكامه فى بيت المال، وعنه على عاقلته**).

لأن خطأه يكثر فى أحكامه فإيجاب ما يجب به على عاقلته يجحف بهم، وبه قال الأوزاعى والثورى وأبو حنيفة وإسحاق، ولأن الإمام والحاكم نائب عن الله تعالى فى أحكامه وأفعاله فكان أرش جنايته فى مال الله سبحانه وللشافعى قولان كالروايتين وفيه رواية أخرى أنه

يجب على عاقلته لما روى أن عمر ﷺ بعث إلى امرأة مغيبة كان يدخل عليها فقالت: يا ويلها ما لها ولعمر فأسقطت ولداً فصاح الصبى صيحتين ثم مات، فاستشار عمر ﷺ أصحاب رسول الله ﷺ فأشار بعضهم أن ليس عليك شىء إنما أنت وال ومؤدب، فقال على: إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأوا رأيهم وإن كانوا فى هواك فلم ينصحوا لك، إن ديته عليك لأنك أفزعتها فألقته فقال عمر: أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك(*).

4- **مسألة:** (وهل يتعاقل أهل الذمة؟ على روايتين).

إحداهما: يتعاقلون قياساً على المسلمين، لأن قرابتهم تقتضى التوريث فاقتضت التعاقل كالمسلمين، ولأن دياتهم ديات أحرار معصومين فأشبهت ديات المسلمين، **والثانية:** لا يتعاقلون، لأن حمل العاقلة ثبت على خلاف الأصل لحرمة قرابة المسلمين فلا يقاس عليهم غيرهم، لأنهم لا يساوونهم فى الحرمة.

5- **مسألة:** (ولا يعقل حربى عن ذمى ولا ذمى عن حربى).

لأنه لا يرث بعضهم من بعض فلا يعقل بعضهم عن بعض كغير العصبات، وفى الميراث احتمال أنهما يتوارثان فيخرج فى التعاقل مثل ذلك، ولا يعقل يهودى عن نصرانى ولا نصرانى عن يهودى لأنه لا موالاة بينهم وهم أهل ملتين مختلفتين، ويحتمل أن يتعاقلا بناء على الروايتين فى توارثهما فإن تهود نصرانى أو تنصر يهودى وقلنا: إنه يقر، عقل عنه عصبته من أهل الدين الذى انتقل إليه، وهل يعقل عنه الذين انتقل عن دينهم؟ على وجهين، وإن قلنا: لا يقر، لم يعقل عنه أحد، لأنه كالمرتد والمرتد لا يعقل عنه أحد، لأنه ليس بمسلم فيعقل عنه المسلمون ولا ذمى فيعقل عنه أهل الذمة فتكون جنايته فى ماله وكذلك كل من لا تحمل عاقلته جنايته يكون موجبها فى ماله كسائر الجنايات التى لا تحملها العاقلة.

6- **مسألة:** **(ومن لا عاقلة له أو لم يكن له عاقلة تحمل الجميع فالدية أو باقيها عليه إن كان ذمياً)** لأن بيت المال لا يعقل عنه، وإن كان مسلماً ففيه روايتان:

إحداهما: يؤدى عنه من بيت المال وهو مذهب الزهرى والشافعى، لأن النبى ﷺ ودى الأنصارى الذى قتل بخيبر من بيت المال(5)، وروى أن رجلاً قتل فى زحام فى زمن عمر فلم يعرف قاتله فقال على لعمر: يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرئ مسلم، فأدى ديته من بيت المال(6)، ولأن المسلمين يرثون من لا وارث له فيعقلون عنه عند عدم قافلته كعصباته ومواليه، والثانية: لا يجب ذلك، لأن بيت المال فيه حق للنساء والصبيان والمجانين والفقراء

(*) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ١٨٠١٠).

(5) أخرجه البخارى فى «الديات» (١٢/ ٦٨٩٨) ومسلم فى «القسامة» (٣/ ١٢٩١)

(6) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (١٠/ ١٨٣١٦).

ومن لا عقل عليه فـلا يجب صرفه فيـما لا يجب عليهم، ولأن العقل على العـصبات وليس بيت المال عصبة ولا هو لعصبة هذا فأما قتيل الأنصار فغير لازم، لأن ذلك قتيل اليهود وبيت المال لا يعقل عن الكفار بحال وإنما النبى ﷺ تفضل بذلك عليهم، وقولهم: إنهم يرثونه، قلنا: ليس صرفـه إلى بيت المال ميراثًا بل هو فىء ولهذا يـؤخذ مال من لا وارث له من أهل الذمة إلى بيت المال ولا يرثه المسلمون ثـم إن العقل لا يجب على الوارث إذا لم يكن عصبة ويجب على العصـبة، وإن لم يكن وارثًا فعلى الرواية الأولى إذا لـم يكن له عاقلة أديت الدية كلها عنه من بيت المال، وإن كان له عاقلة لا تحـمل الجميع أخذ الباقى من بيت المال وهل يؤدى من بيت المال دفعة واحدة أو فى ثلاث سنين؟ على وجهين **أحدهـما**: فى ثلاث سنين كما يؤخذ من العاقلة، **والثـانى**: يؤدى دفعة واحدة وهو الصحيح، لأن النبى ﷺ أدى دية الأنصارى دفـعة واحدة كـذلك عمر، ولأن الدية بدل مـتلف لا تؤديه العاقلة فـيجب كله فى الحال كسـائر أبدال المتلفات، وإنما أجل على العـاقلة تخفيفًا عنـهم ولا حاجة إلى ذلك فى بيت المال ولهذا يؤدى الجميع.

فـــصـل: فـإن لم يكن الأخذ من بيت المـال فليس على القـاتل شىء وهذا أحـد قـولى الشافعى، ولأن الدية لزمت العـاقلة ابتداء بدليل أنها لا يطالب بها غيرهم ولا يعـتبر تحملهم ولا رضاهم ولا تجب على غيـر من وجبت عليه كما لو عـدم القاتل فإن الدية لا تجب على أحد كذا هـهنـا فعلى هذا إن وجد بعض العاقلة حملوا بقسطهم وسـقط الباقى فلا يجب على أحد قـال شيخنا: ويحـتمل أن تجب فى مـال القاتل إذا تعذر حـملها عنه وهذا القـول الثانى للشافعى لعموم قوله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ (النساء: ٩٢) ولأن قضية الدليل وجوبها على الجانى جبرًا للمحل الذى فوته وإنما سقط عن القاتل لقـيام العاقلة مقامه فى جبر المحل فإذا لم يوجد ذلك بقى واجـبًا عليه بمقتضى الدليل، ولأن الأمر دائر بـين أن يطل دم المقتول وبين إيجاب ديته على المـتلف لا يجوز الأول، لأن فيه مخالفة الكتـاب والسنة وقياس أصول الشريعة فتعين الثانى، ولأن إهدار الدم المضمون لا نظير له وإيجاب الدية على قاتل الخطأ له نظائر وقد قالـوا فى المرتد: تجب الدية فى ماله لما لم يكن عـاقلة والذمى الذى لا عاقلة له تلزمه الدية، ومن رمى سـهمًا ثم أسلم أو كـان مسلمًا فـارتد أو كان عليه الولاء لمـوالى أمه فانجر إلى موالى أبيه ثم أصاب سهمه إنسانـًا فنقول: قتيل فى دار الإسلام معصوم تعذر حمل عاقلتـه عاقله فـوجب على قاتله كـهذه الصـور وهذا أولى من إهدار دماء الأحـرار فى غالب الأحوال فإنه لا يكاد يوجد عقلة تحمل الدية كلها ولا سـبيل إلى الأخذ من بيت المال فتضيع الدماء وتفـوت حكمة إيجـاب الدية، قولهم: إن الدية تجب علـى العاقلة عنه ابتـداء، ممنوع وإنما تجب على القاتل ثم تحملها العاقلة، وإن سلمنا وجوبها عليهم ابتداء لكن مع وجودهم

أما مع عدمهم فلا يمكن القول بوجوبها عليهم ثم ما ذكروه منقوض بما أيديناه من الصور، فعلى هذا تجب الدية على القاتل إن تعذر حمل جميعها أو باقيها إن حملت العاقلة بعضها.

فصل: ولو رمى ذمى صيداً ثم أسلم ثم أصاب السهم آدمياً فقتله لم يعقله المسلمون، لأنه لم يكن مسلمًا حال رميه، ولا المعاهدون لأنه قتل مسلمًا فتكون الدية فى مال الجانى، وهكذا لو رمى وهو مسلم ثم ارتد ثم قتل السهم إنسانًا لم يعقله أحد، ولو جرح ذمى دميًا ثم أسلم الجارح ومات المجروح وكان أرش جراحه يزيد على الثلث فعقله على عصبته من أهل الذمة وما زاد على أرش الجرح لا يحمله أحد، ويكون فى مال الجانى لما ذكرنا، فإن لم يكن أرش الجرح مما تحمله العاقلة فجميع الدية على الجانى، وكذلك الحكم إذا جرح مسلم ثم ارتد، ويحتمل أن تحمل العاقلة الدية كلها فى المسألتين، لأن الجناية وجدت وهو ممن تحمل العاقلة جنايته، ولهذا وجب القصاص فى المسألة الأولى إذا قتله عمدًا، ويحتمل أن لا تحمل العاقلة شيئًا، لأن الأرش إنما يستقر باندمال الجرح وسرايته.

فصل: إذا تزوج عبد معتقة فأولدها أولادًا فولاؤهم لمولى أمهم، فإن جنى أحدهم فالعقل على مولى أمه، لأنه عصبته ووارثه، فإن عتق أبوه ثم سرت الجناية أو رمى بسهم فلم يقع السهم حتى عتق أبوه لم يحمل عقله أحد، لأن موالى الأم قد زال ولاؤهم عنه قبل قتله، وموالى الأب لم يكن لهم عليه ولاء حال جنايته فتكون الدية عليه فى ماله إلا أن يكون أرش الجرح مما تحمله العاقلة منفردًا فيخرج فيه مثل ما قلناه فى المسألة التى قبلها.

7- مسألة: (**ولا تحمل العاقلة عمدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا ولا ما دون ثلث الدية ويكون ذلك فى مال الجانى حالاً إلا غرة الجنين إذا مات مع أمه، فإن العاقلة تحملها مع دية أمه، وإن ماتا منفردين لم تحملها العاقلة لنقصهما عن الثلث**).

وجملة ذلك: أن العاقلة لا تحمل العمد سواء كان مما يجب القصاص فيه أو لا يجب ولا خلاف فى أنها لا تحمل دية ما يجب فيه القصاص وأكثر أهل العلم على أنها لا تحمل العمد بحال، وحكى عن مالك أنها تحمل الجنايات التى لا قصاص فيها كالمأمومة والجائفة وهذا قول قتادة، لأنها جناية لا قصاص فيها فأشبهت جناية الخطأ.

ولنا: ما روى ابن عباس عن النبى ﷺ أنه قال: «لا تحمل العاقلة عمدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا»(7) وروى عن ابن عباس موقوفًا ولم نعرف له فى الصحابة مخالفًا فيكون إجماعًا، ولأنها جناية عمد فلا تحملها العاقلة كالموجبة للقصاص وجناية الأب على ابنه، ولأن حمل العاقلة إنما يثبت فى الخطأ لكون الجانى معذورًا تخفيفًا عنه ومواساة له والعامد

(7) أخرجه البيهقى (٨/ ١٠٤) من حديث ابن عباس.

غير معذور فلا يستحق المواساة ولا التخفيف فلم يوجد فيه المقتضى، وبهذا فارق العمد الخطأ ثم يبطل ما ذكروه بقتل الأب ابنه، فإنه لا قصاص فيه ولا تحمله العاقلة.

فصل: فإن اقتص بحديدة مسمومة فسرى إلى النفس ففيه وجهان: أحدهما: تحمله العاقلة لأنه ليس بعمد محض أشبه عمد الخطأ، والثانية: لا تحمله، لأنه قتل بآلة يقتل مثلها غالبًا فأشبه من له القصاص، ولو وكل فى استيفاء القصاص ثم عفى عنه فقتله الوكيل من غير علم بعفوه فقال القاضى: لا تحمله العاقلة، لأنه عمد قتله، وقال أبو الخطاب: تحمله، لأنه لم يقصد الجناية ومثل هذا يعد خطأ بدليل ثم لو قتل فى دار الحرب مسلمًا يظنه حربيًا فإنه عمد قتله وهو أحد نوعى الخطأ وهذا أصح، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين.

فصل: ولا تحمل العاقلة العبد يعنى إذا قتل العبد قاتل وجبت قيمته فى مال القاتل ولا شىء على عاقلته خطأ كان أو عمدًا، وهذا قول ابن عباس والشعبى والثورى ومكحول والنخعى والبتى ومالك والليث وابن أبى ليلى وإسحاق وأبى ثور، وقال عطاء والزهرى والحكم وحماد وأبو حنيفة: تحمله العاقلة، لأنه آدمى يجب بقتله القصاص والكفارة فحملت العاقلة بدله كالحر، وعن الشافعى كالمذهبين ووافقنا أبو حنيفة فى دية أطرافه.

ولنا: حديث ابن عباس، ولأن الواجب فيه قيمة تختلف باختلاف صفاته فلم تحمله العاقلة كسائر القيم، ولأنه حيوان لا تحمل العاقلة دية أطرافه فلم تحمل الواجب فى نفسه كالفرس.

فصل: ولا تحمل الصلح ومعناه أن يدعى عليه القتل فينكره ويصالح المدعى على مال فلا تحمله العاقلة، لأنه مال ثبت بمصالحته واختياره فلم تحمله العاقلة كالذى ثبت باعترافه، وقال القاضى: معناه أن يصالح الأولياء عن دم العمد إلى الدية، والتفسير الأول أولى، لأن هذا عمد يستغنى عنه بذكر العمد، وممن قال: لا تحمل العاقلة الصلح: ابن عباس والزهرى والشعبى والثورى والليث والشافعى، وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه، ولأنه لو حملته العاقلة أدى إلى أن يصالح بمال غيره ويوجب عليه حقًا بقوله.

فصل: ولا تحمل الاعتراف وهو أن يقر الإنسان على نفسه بقتل خطأ أو شبه عمد فتجب الدية عليه، فلا تحمله العاقلة لا نعلم فيه خلافًا، وبه قال ابن عباس والشعبى والحسن وعمر ابن عبد العزيز والزهرى والثورى ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى، وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه، ولأنه لو وجب عليهم لوجب بإقرار غيرهم ولا يقبل إقرار شخص على غيره، ولأنه متهم فى أن يواطئ من يقر له بذلك ليأخذ الدية من عاقلته فيقاسمه إياها، إذا ثبت هذا فإنه يلزمه ما اعترف به وتجب الدية عليه حالة فى ماله فى قول

الأكثرين وقال أبو ثور وابن عبد الحكم: لا يلزمه شيء ولا يصح إقراره، لأنه مقر على غيره لا على نفسه ولأنه لم يثبت موجب إقراره فكان باطلاً كما لو أقر على غيره بالقتل.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ (النساء: ٩٢) ولأنه مقر على نفسه بالجناية الموجبة للمال فصح إقراره كما لو أقر بإتلاف مال أو بما لا تحمل ديته العاقلة، ولأنه محل مضمون فيضمن إذا اعترف به كسائر المحال وإنما سقطت عنه الدية فى محل الوفاق لتحمل العاقلة لها، فإذا لم تحملها وجبت عليه كجناية المرتد.

فصل: ولا تحمل العاقلة ما دون الثلث، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك وإسحاق وعبد العزيز بن أبى سلمة، وقال الزهرى: لا تحمل الثلث أيضًا، وقال الثورى وأبو حنيفة: تحمل السن والموضحة وما فوقهما، لأن النبى ﷺ جعل الغرة التى فى الجنين على العاقلة، وقيمتها نصف عشر الدية ولا تحمل ما دون ذلك، ولأنه ليس فيه أرش مقدر، والصحيح عن الشافعى أنها تحمل القليل والكثير، لأن من حمل الكثير حمل القليل كالجانى فى العمد.

ولنا: ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى فى الدية أن لا يحمل منها شيء حتى تبلغ عقل المأمومة، ولأن مقتضى الأصل وجوب الضمان على الجانى، لأنه موجب جنايته وبدل متلفه فكان عليه كسائر الجنايات والمتلفات، وإنما خولف فى الثلث تخفيفًا عن الجانى لكونه كثيرًا يجحف به، قال النبى ﷺ: «الثلث كثير» ففيما دونه يبقى على قضية الأصل ومقتضى الدليل، وهذا حجة على الزهرى، لأن النبى ﷺ جعل الثلث كثيرًا، فأما دية الجنين فلا تحملها العاقلة إلا إذا مات مع أمه من الضربة لكون ديتهما جميعًا موجب جناية تزيد على الثلث، وإن سلمنا وجوبها على العاقلة فلأنها دية آدمى كاملة.

فصل: وتحمل العاقلة الطرف إذا بلغ الثلث، وهو قول من سمينا فى الفصل الذى قبل هذا، وحكى عن الشافعى أنه قال فى القديم: لا تحمل ما دون الدية، لأن ذلك يجرى مجرى ضمان الأموال بدليل أنه لا يجب فيه كفارة.

ولنا: قول عمر رضي الله عنه، ولأن الواجب دية جناية على حر تزيد على الثلث فحملها العاقلة كدية النفس، ولأنه كثير يجب ضمانًا لحر أشبه ما ذكرنا، وما ذكروه يبطل بما إذا جنى على الأطراف بما يوجب الدية أو زيادة عليها.

فصل: وتحمل العاقلة دية المرأة بغير خلاف بينهم فيها وتحمل من جراحها ما يبلغ أرشه ثلث دية الرجل كدية أنفها، فأما ما دون ذلك كدية يدها فلا تحمله العاقلة، وكذلك الحكم فى دية الكتابى، ولا تحمل دية المجوسى، لأنها دون الثلث.

8- **مسألة:** (وتحمل غرة الجنين).

إذا مات مع أمه، فإن العــاقلة تحملها مع دية أمه نص عليه، لأن ديتهـما وجبت فى حال واحدة بجناية واحدة مع زيادتهما على الثلث فحملتـهما العاقلة كالدية الواحدة ولا تحملها إن مات منفردًا أو مات قبل موت أمه، نص عليه أحمد، لأنه دون الثلث.

9- **مسألة:** (وتحمل جناية الخطأ عن الحر إذا بلغت الثلث).

وحكى عن الشافعي: لا تحمل ما دون الدية، وقد ذكرناه وذكرنا دليله.

10- **مسألة:** (قال أبو بكر: ولا تحمل العاقلة شبه العمد ويكون فى مال القاتل فى ثلاث سنين).

وهى رواية عن أحمد وبه قــال ابن سيرين والزهرى والحارث العكلى وابن شبـرمة وقتادة وأبو ثور، وهى على القاتل فــى ماله، لأنها موجب فـعل قصده فلم تحـمله العاقلة كالعـمد المحض، ولأنهــا دية مغلظة فأشبـهت دية العمد، وهكذا يجب أن يكون مــذهب مالك، لأن شبه العمد عنده من باب العمد، **والثانية:** تحملها العاقلة ذكرها الخرقى فى ظاهر المذهب وبه قال الشعـبى والنخعى والحكم والشافـعى والثورى وإسحاق وأصحــاب الرأى وابن المنذر لما روى أبو هريرة قال: اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحدهما الأخـرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها، متفق عليه، ولأنه نوع قتل لا يوجب القصاص فوجـبت ديته على العاقلة كالخطأ، ويخالف العمد الـمحض فإنه يغلظ من كل وجه لقصــده الفعل وإرادته القــتل، وعمد الخطأ يغلظ من وجـه وهو الأسنان وهو قصــده الفعل، ويخف من وجه وهو كونه لم يرد القتل فاقتضى تغليظهــا من وجه وهو الأسنان وتخفيفها من وجه وهو حــمل العاقلة لها وتأجيلهــا ولا نعلم خلافًا بين أهل العلم فى أنهــا تجب مؤجلة، روى ذلك عن عمر وعلى وابن عــباس، وبه قال الشعبى والنخـعى وقتادة وعبيـد الله بن عمر ومالك والشافعى وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر، وقد حكى عن قوم من الخوارج أنهم قالوا: الدية حالة، لأنها بدل متلف ولم ينقل إلينا ذلك عمن يعـد خلافه خلافًا، والدية تخالف سائر المتلفــات، لأنها تجب على غير الجــانى على سبيل المواســاة له فاقتضت الحـكمة تخفيـفها عليهم، وقــد روى عن عمر وعلــى ﷺ أنهما قـضيا بالدية على العــاقلة فى ثلاث سنين ولا مخالف لهما فى عصرهما فكان إجماعًا.

11- **مــســألة:** (وما يحـمله كل واحد من العاقلة غـير مقدر لكـن يرجع فيه إلى اجتـهاد الحاكم فيحمل كل إنسان ما يسهل ولا يشق).

وجـملة ذلك: أنه لا خلاف بين أهل العلم فى أن العاقلة لا تكلف من العقل ما يجحف بها ويشق عليها.

لأنه لازم من غيـر جنايتها على سـبيل المواســاة للقاتل والتـخفيف عنه فـلا يخفف عن

الجانى بما يثقل على غيره ويجحف به كالزكـاة، ولأنه لو كان الإجحاف مشروعًا كان الجانى أحق به، لأنه موجب جنايته وجزاء فعله فإذا لم يشـرع فى حقه ففى حق غيره أولى، واختلف أهل العلم فيما يحـمله كل واحد منهم، فقال أحمد: يحملون على قدر مـا يطيقون فعلى هذا لا يتقدر شـرعًا، وإنما يرجع فيه إلى اجتـهاد الحاكم فيفرض على كل واحـد قدرًا يسهل ولا يؤذى وهذا مذهب مالك، لأن التـقدير لا يثبت إلا بتوقيف ولا يثـبت بالرأى وبالتحكم، ولا نص فى هذه المسألة فـوجب الرجوع فيها إلى اجتـهاد الحاكم كمقادير النفـقات، وعن أحمد رواية أخرى: أنه يفرض على الموسـر نصف مثقال، لأنه أقل ما يتقدر فى الزكاة فـكان معتبرًا بها، ويجب على المـتوسط ربع مثقـال، لأن ما دون ذلك تافه لكون اليد لا تقطع فـيه بدليل قول عائشة ﵂: لا يـقطع فى الشىء التافه وما دون ربع دينار لا قطع فيه، وهـذا اختيار أبى بكر ومذهب الشافعـى، وقال أبو حنيفة: أكثر ما يجـعل على الواحد أربعة دراهم وليس لأقله حد، لأن ذلك يجب على سبـيل المواساة للقرابة فلم يتـقدر أقله كالنفقـة، قال: ويسوى بين الغنى والمتوسط لذلك، والصحيح الأول لما ذكرنا من أن التقدير إنما يصار إليه بتوقيف فيه، وإنما يختلف بالغنى والتوسط كالزكاة والنفقة ولا يختلف بالبعد والقرب لذلك.

12- مـسـألة: **(واختلف القـائلون بالتقـدير بنصف دينار وربعه فـقال بعضـهم: يتكرر الواجب فى الأحوال الثلاثة فيكون الواجب على الغنى فيـها دينارًا ونصفًا وعلى المتوسط ثلاثة أرباع دينار).**

لأنه حق يتعلق بالحول على سبيل المواساة فـيتكرر بتكرر الحول كالزكاة، وقال بعضهم: لا يتكرر، لأن فى الإيجاب زيادة على النصـف إيجاب الزيادة على أقل الزكاة فيكون مـضرًا، ويعتبر الغنى والتوسط عند رأس الحول، لأنه حال الوجـوب فاعتبر الحول عنده كالزكاة، وإن اجتمع من العـاقلة فى درجة واحدة عدد كثيـر قسم الواجب على جميعـهم فيلزم الحاكم كل إنسان على حسب ما يراه، وإن قل، وعلى الوجه الآخـر يجعل على المتوسط نصف ما على الغنى ويعم بذلك جميعهم وهو أحد قولى الشافعى، وقال فى الآخر: يختص الحاكم من شاء فيفرض عليهم هذا القدر الواجب لئـلا ينقص عن القدر الواجب ويصير إلى الشىء التافه ولأنه يشق فربما أصاب كل واحد قيراط فيشق جمعه.

ولنا: أنهم استووا فى القرابة فكانوا سواء كما لو قلوا كالميراث وأما التعلق بمشقة الجمع فلا يصح، لأن مـشقـة زيادة الواجب أعظم من الجمع ثم هذا تعـلق بالحكمة من غـير أصل يشهـد لها فلا يترك لهـا الدليل ثم هى معارضة بـحقه الواجب على كل واحد منهم وسـهولة الواجب عليهم، ثم لا يخلـو من أن يخص الحاكم بعضهـم بالاجتهاد أو بغـير اجتهـاد، فإن خصـه بالاجتهـاد ففـيه مشـقة عليه وربمـا لا يحصل له مـعرفة الأولى منهم بـذلك فيتـعذر

الإيجاب، وإن خصه بالتحكم أفضى إلى أنه يتخير بين أن يوجب على إنسان شيئًا بشهوته من غير دليل وبين أن لا يوجب عليه ولا نظير له وربما ارتشى من بعضهم واتهم وربما امتنع من فرض عليه شيء من أدائه لكونه يرى مثله لا يؤدى شيئًا مع التساوى من كل الوجوه.

13- مسألة: (ويبدأ بالأقرب فمتى اتسعت أموال الأقربين لها لم يتجاوزهم وإلا تنقل إلى من يليهم).

وجملة ذلك: أنه يبدأ فى قسمة الدية بين العاقلة بالأقرب فيقسم على الإخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم ثم أعمام الأب وبنيهم ثم أعمام الجد ثم بنيهم كذلك أبدًا حتى إذا انقرض الناسبون فعلى المولى المعتق ثم على عصباته ثم على مولى ثم على عصباته الأقرب فالأقرب كالميراث سواء، وإن قلنا: الآباء الأبناء من العاقلة بدئ بهم، لأنهم أقرب ومتى اتسعت أموال قوم للعقل لم يعدهم إلى من بعدهم، لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم الأقرب فالأقرب كالميراث وولاية النكاح، وهل يقدم من يدلى بالأبوين على من يدلى بالأب؟ على وجهين أحدهما: يستويان، لأن ذلك يستفاد بالتعصيب ولا أثر لاجتماع القرابتين على وجه لا تنفرد كل واحدة بحكم وذلك، لأن القرابتين تنقسم إلى ما ينفرد كل واحدة منهما بحكم كابن العم إذا كان أخًا لأم يرث بكل واحدة من القرابتين ميراثًا منفردًا يرث السدس بالأخوة ويرث بالتعصيب ببنوة العم، وحجب إحدى القرابتين لا يؤثر فى حجب الأخرى فهذا لا يؤثر فى قوة ولا ترجيح ولذلك لا يقدم ابن العم الذى هو أخ لأم على غيره، وإلى ما لا تنفرد كل واحدة منهما بحكم كابن العم من أبوين من ابن عم من أب لا تنفرد إحدى القرابتين بميراث عن الأخرى فتؤثر فى الترجيح وقوة التعصيب، ولذلك أثرت فى التقديم فى الميراث فكذلك فى غيره، وبما ذكرنا قال الشافعى وقال أبو حنيفة: يسوى بين القريب والبعيد ويقسم على جميعهم، لأن النبى ﷺ جعل دية المقتولة على عصبة القاتلة.

ولنا: أنه حكم تعلق بالتعصيب فوجب أن يقدم فيه الأقرب فالأقرب كالميراث والخبر لا حجة فيه، لأننا نقسمه على الجماعة إذا لم يف به الأقرب فنحمله على ذلك.

14- مسألة: (وإن تساوى جماعة فى القرب وزع القدر الذى يلزمهم بينهم).

لأنهم استووا فى القرابة المقتضية للعقل عنه فتساووا فى حكمه كسائر الأحكام، وقد ذكرنا ذلك فى مسألة وما يحمله كل واحد من العاقلة غير مقدر.

فصل: ولا يحمل العقل من لا يعرف نسبه من القاتل إلا أن يعلم أنهم من قوم يدخلون فى العقل ومن لا يعرف ذلك منه لا يحمل، وإن كان من قبيلته فلو كان القاتل قرشيًا لم يلزم قريشًا كلهم التحمل، فإنَ قريشًا وإن كانوا كلهم يرجعون إلى أب واحد إلا أن قبائلهم تفرقت وصار كل قوم ينتسبون إلى أبَ يتميزون به فيقل عنهم من يشاركهم فى نسبتهم إلى الأب

الأدنى، ألا ترى أن الناس كلهم بنو آدم فهم راجعون إلى أب واحد لكن إن كان من فخذ يعلم أن جميعهم يتحملون وجب أن يتحمل جميعهم سواء عرف أحدهم أو لم يعرف للعلم بأنه متحمل على أى وجه كان إن لم يثبت نسب القائل من أحد فالدية فى بيت المال، لأن المسلمين يرثونه إذا لم يكن وارث بمعنى أنه يؤخذ ميراثه لبيت المال فلذلك يعقلونه على هذا الوجه، فإن وجد له من يحمل بعض العقل فالباقى فى بيت المال لذلك، فإن قيل: فهذا ينتقض بالذمى الذى لا وارث له فإن ميراثه لبيت المال ولا يعقلونه عنه، قلنا: إنما لم يعقلوا عنه لوجود المانع وهو اختلاف الدين ولذلك لا يعقله عصباته المسلمون.

15- مسألة: (وما تحمله العاقلة يجب مؤجلاً فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلثه إن كان دية كاملة).

لا خلاف بين أهل العلم فى أن دية الخطأ على العاقلة حكاه ابن المنذر وأنها مؤجلة فى ثلاث سنين فإن عمر وعليّا ﷺ جعلا دية الخطأ على العاقلة فى ثلاث سنين ولا نعرف لهم فى الصحابة مخالفًا واتبعهم أهل العلم على ذلك، لأنه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالاً كالزكاة ويجب فى آخر كل حول ثلثها ويعتبر ابتداء السنة من حين وجوب الدية، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: ابتداؤها من حين حكم الحاكم، لأنها مدة مختلف فيها فكان ابتداؤها من حين حكم الحاكم كمدة العنة.

ولنا: أنه مال مؤجل فكان ابتداء أجله من حين وجوبه كالدين المؤجل والسلم، ولا نسلم الخلاف فيها، فإن الخوارج لا يعتد بخلافهم.

16- مسألة: (وإن كان الواجب ثلث الدية وجب فى رأس الحول الأول، وإن كان نصفها كدية اليد وجب فى رأس الحول الأول الثلث وباقيه فى رأس الحول الثانى، وإن كان دية امرأة أو كتابى فكذلك ويحتمل أن يقسم فى ثلاث سنين، وإن كان أكثر من دية كما لو جنى عليه فأذهب سمعه وبصره لم يزد فى كل حول على الثلث).

وجملة ذلك: أن الواجب إذا كان دية كاملة فإنها تقسم فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلثها سواء كانت دية النفس أو دية الطرف كدية جدع الأنف والأذنين، وإن كان دون الدية نظرنا فإن كان الثلث كدية المأمومة وجب فى آخر السنة الأولى ولم يجب منه شىء حال، لأن العاقلة لا تحمل حالاً، وإن كان نصف الدية أو ثلثيها كدية اليد أو دية المنخرين وجب الثلث فى آخر السنة الأولى والباقى وفى آخر السنة الثانية، وإن كان أكثر من دية مثل أن ذهب سمع إنسان وبصره ففى كل سنة ثلث، لأن الواجب لو كان دون الدية لم ينقص فى السنة عن الثلث، فكذلك لا يزيد عليه إذا زاد على الثلث، وإن كان الواجب بالجناية على اثنين وجب لكل واحد ثلث فى كل سنة، لأن كل واحد له دية فيستحق ثلثها كما لو انفرد حقه، وإن كان

الواجب دون ثلث الدية كدية الأصبع لم تحمله العاقلة لأنها لا تحمل ما دون الثلث ويجب حالاً لأنه متلف لا تحملة فكان حالاً كالجناية على المال.

17- **مسألة:** (فإن كانت الدية ناقصة كدية المرأة والكتابى ففيها وجهان).

أحدهما: تنقسم فى ثلاث سنين بدل النفس فأشبهت الدية الكاملة، والثانى: يجب منها فى العام الأول قدر ثلث الدية الكاملة وباقيها فى العام الثانى، لأن هذه تنقص عن الدية فلم تنقسم فى ثلاث سنين كأرش الطرف، وهذا مذهب أبى حنيفة وللشافعى كالوجهين، فإن كانت الدية لا تبلغ ثلث الدية الكاملة كدية المجوسى وهى ثمانمائة درهم ودية الجنين وهى خمس من الإبل لم تحمله العاقلة، لأنه ينقص عن الثلث فأشبه دية السن والموضحة إلا أن يقتل الجنين مع أمه فتحمله العاقلة، لأنها جناية واحدة وتكون دية الأم على الوجهين، فإن قلنا: هى فى عامين كانت دية الجنين واجبة مع ثلث دية الأم فى العام الأول، لأنها دية أخرى ويحتمل أن يجب مع باقى دية الأم فى العام الثانى، وإن قلنا: دية الأم فى ثلاث سنين فهل تجب دية الجنين فى ثلاثة أعوام أو لا؟ على وجهين، فإذا قلنا بوجوبها فى ثلاث سنين وجبت فى السنين التى وجبت فيها دية الأم، لأنهما ديتان لمستحقين فيجب فى كل سنة ثلث ديتها وثلث ديته، ويحتمل أن تجب فى ثلاث سنين أخرى، لأن تلفهما موجب جناية واحدة.

18- **مسألة:** (وابتداء الحول فى الجرح من حين الاندمال وفى القتل من حين الموت وقال القاضى: إن لم يسر الجرح إلى شىء فحوله من حين القطع).

وجملة ذلك: أنه إذا كان الواجب دية نفس فابتداء حولها من حين الموت سواء كان قتلاً واجبًا أو عن سراية جرح، وإن كان الواجب دية جرح نظرت، فإن كان عن جرح اندمل من غير سراية مثل أن قطع يده فبرأت بعد مدة فابتداء المدة من حين القطع، لأن تلك حالة الوجوب ولهذا لو قطع يده وهو ذمى فأسلم ثم اندملت وجب نصف دية يهودى وأما إن كان الجرح ساريًا مثل أن قطع أصبعه فسرى ذلك إلى كفه ثم اندمل فابتداء المدة من حين الاندمال، لأنها إذا سرت فما استقر الأرش إلا من حين الاندمال هكذا ذكره القاضى وأصحاب الشافعى وقال أبو الخطاب: تعتبر المدة من حين الاندمال فيهما، لأن الأرش لا يستقر إلا بالاندمال فيهما.

19- **مسألة:** (ومن مات من العاقلة قبل الحول أو افتقر سقط ما عليه وإن مات بعد الحول لم يسقط ما عليه).

من مات من العاقلة أو افتقر أو جن قبل الحول لم يلزمه شىء، لا نعلم فى هذا خلافًا، لأنه مال يجب فى آخر الحول على سبيل المواساة فأشبه الزكاة، وإن كان ذلك بعد الحول لم

يسقط الواجب، وبهـذ قال الشافـعى وقال أبو حنيفـة: يسقط بالموت، لأنه خـرج عن أهلية الوجوب فأشبه ما لو مات قبل الحول.

ولنا: أنه حق تدخله النيـابة لا يملك إسـقاطه فى حـياته فـأشبه الـديون وفارق ما قـبل الحول، لأنه لم يجب ولـم يستمـر الشرط إلى حين الوجـوب فأما إن كـان فقيـرًا عند القتل فاسـتغنى عند الحـول فقال القـاضى: يجب عليه، لأنه وجد وقت الـوجوب وهو من أهله، ويخرج على هذا من كان صبيًا فبلغ أو مـجنونًا فأفاق عند الحول وجب عليه لذلك، ويحتمل أن لا يجب، لأنه لم يكن من أهل الوجـوب حالة السبب فلم يثـبت الحكم فيه حـالة الشرط كالكافر إذا ملك مالاً ثم أسلم عند الحول لم تلزمه الزكاة فيه.

20- **مسألة:** (**وعمد الصبى والمجنون خطأ تحمله العاقلة**) .

لأنه لم يتـحقق منه كمـال القصـد فتحـمله العاقلة كـشبـه العمد، ولأنه قـتل لا يوجب القصاص لأجل العذر فـأشبه الخطأ وعنه فى الصبى العاقل أن عمـده فى ماله وهو أحد قولى الشافعى، لأنه عمد يجوز تأديبه عليه فـأشبه القتل من البالغ، والأول أولى وما ذكروه ينتقض بشبه العمد والله سبحانه وتعالى أعلم.

باب كفارة القتل

من قتل نفسًا مـحرمة خطأ أو ما أجرى مجرى الخطأ أو شارك فـيها أو ضرب بطن امرأة فألقت جنينًا ميتًا أو حيًا ثم مات فعليه الكفارة.

الأصل فى كفارة القتل قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ (النساء: ٩٢) الآية وأجمع أهل العلم على أن على القاتل خطأ كفارة سواء كان المقتول ذكرًا أو أنثى ويجب فى قتل الصغـير والكبير سواء باشره بالقـتل أو تسبب إلى قتله بسبب تضمن به النفـس كحفر البئر ونصـب السكين وشهادة الزور، وبهذا قـال مالك والشافعى، وقال أبو حنـيفة: لا تجب بالتسبب، لأنه ليس بقتل، ولأنه ضمن بدله بغير مباشرة القتل فلم تلزمه الكفارة كالعاقلة.

ولنا: أنه كالمبـاشرة فى الكفارة، ولأنه سبب لإتلاف الآدمى يتعلق به ضمـان فتعلقت به الكفارة كما لو كان راكـبًا فأوطأ دابته إنسانًا، وقياسهم ينتـقض بالأب إذا أكره إنسانًا على قتل ابنه، فإن الكفارة تجب عليه من غير مباشرة، وفـارق العاقلة فإنها تحمل من غيرها ولم يصدر منها قتل ولا تسبب إليه، وقولهم ليس بقتل ممنوع، قال القاضى: ويلزم الشهود الكفارة سواء قالوا: أخطأنا أو تعمدنا، وهذا يدل على أن القتل بالسبب تجب به الكفارة بكل حال ولا يعتبر فيه الخطأ والعمد، لأنه وإن قصد القتل فهو جار مجرى الخطأ فى أنه لا يجب به القصاص.

1- **مسألة:** (**ومن شارك فى قتل يوجب الكفارة لزمتـه كفارة ويلزم كل واحد من شركائه كـفـارة**) هذا قول أكثـر أهل العلم منهم الحسن وعكرمة والنخعى والثورى ومـالك والشافعى

وأصحاب الرأى، وعن أحمد: أن على المشتركين كفارة واحدة حكاها أبو الخطاب وهو قول أبى ثور وحكى عن الأوزاعى وحكاه أبو على الطبرى عن الشافعى وأنكره سائر أصحابه واحتج لمن أوجب كفارة واحدة بقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ ومن تتناول الواحد والجماعة ولم يوجب إلا كفارة واحدة ودية، والدية لا تتعدد فكذلك الكفارة، وإنها كفارة قتل فلم تتعدد بتعدد القاتلين إذا كان المقتول واحدًا ككفارة الصيد الحرمى.

ولنا: أنها لا تتبعض وهى من موجب قتل الآدمى فكملت فى حق كل واحد من المشتركين كالقصاص وتخالف كفارة الصيد فإنها تجب بدلاً ولهذا تجب فى أبعاضه فكذلك الدية.

2- **مسألة:** (ولو ضرب بطن امرأة فألقت جنينًا ميتًا أو حيّا ثم مات فعليه الكفارة).

تجب الكفارة بإلقاء الجنين الميت إذا كان من ضرب بطنها، وبه قال الحسن وعطاء والزهرى والنخعى والحكم ومالك والشافعى وإسحاق، وقال أبو حنيفة: لا تجب، وقد مضت هذه المسألة فى دية الجنين.

3- **مسألة:** (مسلمًا كان المقتول أو كافرًا حرّا أو عبدًا).

تجب الكفارة بقتل الكافر المضمون سواء كان ذميّا أو مستأمنًا، وبهذ قال أكثر أهل العلم، وقال الحسن ومالك: لا كفارة فيه لقول الله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا﴾ فمفهومه أنه لا كفارة فى غير.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ (النساء: ٩٢) والذمى له ميثاق وهذا منطوق يقدم على دليل الخطاب، ولأنه آدمى مقتول ظلمًا وجبت الكفارة بقتله كالمسلم.

4- **مسألة:** (وتجب الكفارة بقتل العبد).

وبه قال أبو حنيفة والشافعى، وقال مالك: لا تجب، لأنه مضمون بالقيمة أشبه البهيمة.

ولنا: عموم قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ ولأنه يجب القصاص بقتله فتجب الكفارة به كالحر، ولأنه مؤمن فأشبه الحر ويفارق البهائم بذلك.

5- **مسألة:** (وسواء كان القاتل كبيرًا عاقلاً أو صبيّا أو مجنونًا حرّا أو عبدًا).

إذا كان القاتل صبيّا أو مجنونًا وجبت الكفارة فى أموالهما، وكذلك الكافر تجب عليه الكفارة، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا كفارة على واحد منهم، لأنها عبادة محضة تجب بالشرع فلا تجب على الصبى والمجنون والكافر كالصوم والصلاة وقياسًا على كفارة اليمين.

ولنا: أنه حق مالى يتعلق بالقتل فتعلقت بهم كالدية، ويفارق الصوم والصلاة فإنهما

عبادتان بدنيتان وهذه مالية أشبهت نفقة الأقارب، وأما كفارة اليمين فلا تجب على الصبى والمجنون، لأنها تتعلق بالقول ولا قول لهما وهذه تتعلق بالفعل وفعلهما متحقق قد أوجب الضمان عليهما ويتعلق بالفعل ما لا يتعلق بالقول بدليل أن العتق يتعلق بأحبالهما دون إعتاقهما بقولهما وأما الكافر فتجب عليه وتكون عقوبة له كالحدود والحر والعبد سواء لدخولهما فى عموم الآية.

6- **مسألة:** (ويكفر العبد بالصيام لأنه) لا مال له، وقد ذكرنا كفارة العبد فيما مضى.

فصل: ومن قتل فى دار الحرب مسلمًا يعتقده كافرًا أو رمى إلى صف الكفار فأصاب فيهم مسلمًا فقتله فعليه كفارة لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ (النساء: ٩٢).

7- **مسألة:** (فأما القتل المباح كالقصاص والحد وقتل الباغى والصائل فلا كفارة فيه).

وجملة ذلك: أن كل قتل مباح لا كفارة فيه كقتل الحربى والباغى والزانى المحصن والقتل قصاصًا وحدًا، لأنه قتل مأمور به والكفارة لا تجب لمحو المأمور به، وأما الخطأ فلا يوصف بتحريم ولا إباحة لأنه كقتل المجنون والبهيمة لكن النفس الذاهبة به معصومة محرمة فلذلك وجبت الكفارة فيها، وقال قوم: الخطأ محرم لا إثم فيه، وقيل: ليس بمحرم، لأن لا إثم فيه وقيل: ليس بمحرم، لأن المحرم ما أثم فاعله، قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلاَّ خَطَئًا﴾ هذا استثناء منقطع و «إلاّ» فى موضع «لكن» والتقدير: لكن قد يقتله خطأ، وقيل: «إلا» بمعنى «ولا» أى ولا خطأ، وهذا يبعد، لأن الخطأ لا يتوجه إليه النهى لعدم إمكان التحرز منه وكونه لا يدخلن تحت الوسع، ولأنها لو كانت بمعنى ولا، لكانت عاطفة للخطأ على ما قبله وليس قبله ما يصلح عطفه عليه، فأما قتل نساء أهل الحرب وصبيانهم فلا كفارة فيه، لأنهم ليس لهم أيمان ولا أمان وإنما منع من قتلهم لانتفاع المسلمين بهم لكونهم يصيرون بالسبى رقيقًا ينتفع بهم وكذلك قتل من لم تبلغه الدعوة لا كفارة فيه لذلك، ولذلك لم يضمنوا بشىء فأشبهوا من قتله مباح.

فصل: ومن قتل نفسه خطأ وجبت الكفارة فى ماله، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا تجب، لأن ضمان نفسه لا يجب فلم تجب الكفارة به كقتل نساء أهل الحرب وصبيانهم، ووجه الأول عموم قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ ولأنه آدمى مؤمن مقتول خطأ فوجبت الكفارة على قاتله كما لو قتله غيره، قال شيخنا: وقول أبى حنيفة أقرب إلى الصواب إن شاء الله تعالى، فإن عامر بن الأكوع قتل نفسه خطأ فلم يأمر النبى ﷺ فيه بكفارة، فأما قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا﴾ فإنما أريد بها إذا قتل غيره بدليل قوله: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ وقاتل نفسه لا تجب فيه دية بدليل قتل عامر بن الأكوع.

8- **مسألة:** (وفى العمد وشبهه روايتان: إحداهما: **لا كفارة فيه اختارها أبو بكر والقاضى، والأخرى فيه الكفارة**).

المشهور فى المذهب أنه لا كفارة فى قتل العمد، وبه قال مالك والثورى ومالك وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى، وعن أحمد رواية أخرى: تجب فيه الكفارة وحكى ذلك عن الزهرى، وهو قول الشافعى لما روى واثلة بن الأسقع قال: أتينا النبى ﷺ بصاحب لنا قد أوجب بالقتل فقال: «اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضو منه من النار»[أ] ولأنها إذا وجبت فى قتل الخطأ، ففى العمد أولى، لأنه أعظم جرمًا وحاجته إلى تكفير ذنبه أعظم.

ولنا: مفهوم قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ ثم ذكر قتل العمد فلم يوجب فيه كفارة وجعل جزاءه جهنم فمفهومه أنه لا كفارة فيه، وروى أن سويد بن الصامت قتل رجلاً فأوجب النبى ﷺ القود ولم يوجب كفارة، وعمرو بن أمية الضمرى قتل رجلين كانا فى عهد النبى ﷺ فوداهما النبى ﷺ، ولم يأمره بكفارة[2] ولأنه فعل يوجب القتل فلا يوجب كفارة كزنا المحصن، وحديث واثلة يحتمل أنه كان خطأ وسماه موجبًا أى فوت النفس بالقتل ويحتمل أنه كان شبه عمد، ويحتمل أنه أمرهم بالإعتاق تبرعًا ولذلك أمر غير القاتل بالإعتاق وما ذكروه من المعنى لا يصح، لأنها وجبت فى الخطأ لتمحو إثمه لكونه لا يخلو من تفريط فلا يلزم من ذلك إيجابها فى موضع عظم الإثم فيه بحيث لا يرتفع بها، إذا ثبت هذا فلا فرق بين العمد الموجب للقصاص وما لا قصاص فيه، كقتل الوالد ولده والسيد عبده والحر العبد والمسلم الكافر، لأن هذا من أنواع العمد.

فصل: **فأما شبه العمد فقال شيخنا: تجب فيه الكفارة**، ولم أعلم لأصحابنا فيه قولاً لكن مقتضى الدليل ما ذكرناه، لأنه أجرى مجرى الخطأ فى نفى القصاص وحمل العاقلة ديته وتأجيلها فى ثلاث سنين فجرى مجراه فى وجوب الكفارة، لأن القاتل إنما لم يحمل شيئًا من الدية لتحمله الكفارة، فلو لم تجب عليه الكفارة لحمل من الدية لئلا يخلو القاتل عن وجوب شيء أصلاً ولم يرد الشرع بهذا، وقد ذكر فى الكتاب المشروح رواية أنه كالعمد، لأنه ديته مغلظة وهى اختيار أبى بكر، لأن عنده أن الدية فيه يحملها القاتل فقد أشبه العمد فى ذلك فكان حكمه حكمه.

فصل: **وكفارة القتل عتق رقبة مؤمنة بنص القرآن**، سواء كان القاتل أو المقتول مسلمًا أو

(أ) أخرجه أبو داود فى «كتاب العتق» (٤/ ٣٩٦٤) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٤٩١) وإسناده ضعيف فيه العريف الديلمى مجهول كما قال ابن حزم، وقال ابن حجر: مقبول.

(2) ذكره الهيثمى فى «مجمع الزوائد» (٦/ ١٢٩) وقال: رواه الطبرانى ورجاله ثقات إلى ابن إسحاق.

كافـرًا، فإن لم يجدها فى ملكه فاضلـة عن حاجته أو يجـد ثمنها فاضلاً عن كـفايته فصـيام شهرين متتابعين توبة من الله، وهذا ثابت بالنص أيضًا، فإن لم يستطع ففيه روايتان إحداهما: يثـبت الصيـام فى ذمـته ولا يجب شىء آخـر، لأن الله تعالـى لم يذكره ولو وجب لذكـره، والثانـية: يجب إطعام ستين مسكينًا عند العجز عن الصوم ككفارة الظهار والفطر فى رمضان، وإن لم يكن مذكورًا فى نص القرآن، فقد ذكر ذلك فى نـظيره فيقاس عليه، فعلى هذه الرواية إن عجز عن الإطعام ثبت فى ذمته حتى يقـدر عليه، وللشافعى فى هذا قولان كالروايتين والله أعلم.

فهرس الموضوعات

فهرس موضوعات المجلد الحادى عشر